

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría Profesional en Derecho Procesal

**La utilización de herramientas tecnológicas como medio probatorio en
procesos laborales**

Carlos Andrés Prócel Alarcón

Tutora: Elisa Lanas Medina

Quito, 2019



Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Carlos Andrés Prócel Alarcón, autor del trabajo intitulado “La Utilización de Herramientas Tecnológicas como Medio Probatorio en Procesos Laborales”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magister en Derecho Procesal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo, por lo tanto, la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, a 26 de junio de 2019.

Carlos Andrés Prócel Alarcón

Resumen

La presente investigación parte del hecho de que la tecnología ha modificado las relaciones sociales y, sin duda, las relaciones laborales han sido de aquellas que mayores cambios han sufrido. En la actualidad, la mayoría de comunicaciones se realizan por medio de correos electrónicos y aplicaciones de mensajería instantánea. Los empleadores, además, realizan el control de sus trabajadores por medio de aplicaciones incorporadas en los teléfonos celulares, computadoras y demás equipos de trabajo.

Por ello, resulta necesario redefinir conceptos clásicos de la prueba, para avanzar en el análisis de las corrientes doctrinarias existentes sobre la naturaleza de los medios de prueba electrónicos, como son la teoría autónoma y la de equivalencia funcional. También se analizarán los derechos fundamentales de los trabajadores que se ven enfrentados al control del empleador y los límites establecidos para éste.

Así, esta investigación terminará con el estudio de la problemática de la obtención de la prueba electrónica, los momentos procesales de aportación y su práctica en el proceso, para finalmente analizar los nuevos problemas en la valoración probatoria.

Palabras clave: prueba, fuente de prueba electrónica, medio de prueba electrónico, documento electrónico, firma electrónica, práctica probatoria, valoración de la prueba, control del empresario, derechos fundamentales

A mi familia. Mi soporte. Mi impulso. Todo.

Tabla de contenido

Introducción.....	11
Capítulo primero: Elementos de la prueba electrónica	13
1. Prueba.....	13
2. Fuente de prueba electrónica	16
3. Medio probatorio electrónico.....	17
4. Documento electrónico	20
4.1. Documentos públicos y privados.....	24
4.2 Firma electrónica.....	24
4.3. Códigos de respuesta rápida (QR code).....	29
5. Prueba electrónica.....	31
6. Principios y requisitos de la prueba electrónica	33
6.1. Requisitos generales: conducencia, pertinencia, necesidad	34
6.2. Requisitos específicos: test de admisibilidad.....	34
Capítulo segundo: Herramientas tecnológicas y relación laboral	39
1. Herramientas tecnológicas en la relación de trabajo	39
1.1. Internet.....	39
1.2. Documento informático	42
1.3. Videgrabación	44
1.4. Localización GPS	45
1.5. Teletrabajo.....	46
2. Prueba de la relación laboral por medios tecnológicos	48
3. Control empresarial	50
3.1. Reglamento interno de trabajo.....	52
3.2. Contrato individual de trabajo y otros documentos internos.....	53
4. ¿Qué derechos fundamentales podrían verse afectados por la utilización de estas herramientas?	54

4.1. Derecho a la libertad de expresión	56
4.2. Derecho a la intimidad.....	59
4.3. Otros derechos que podrían verse afectados.....	63
Capítulo tercero: Problemas y soluciones de la práctica de prueba electrónica en el proceso laboral	67
1. Obtención de la prueba electrónica	67
2. Aportación y práctica de la prueba electrónica en el proceso	71
3. Valoración de la prueba electrónica por parte de los Jueces del Trabajo	77
Conclusiones.....	83
Bibliografía	91

Introducción

La presente investigación busca analizar la práctica y valoración de la prueba electrónica en el proceso laboral, misma que en el Ecuador no tiene, ni ha tenido, mayor repercusión legislativa, pese al inmenso avance de la tecnología especialmente por la utilización de internet en casi todas nuestras actividades. Castells¹ señala que internet es “un medio de comunicación, de interacción y de organización”. Entonces, gracias a esta herramienta, todas nuestras interacciones sociales se han modificado por la tecnología y sus avances;² y, el área de las relaciones laborales no está exenta de estos cambios, que la entendemos aquella que posiblemente más cambios ha sufrido, frente a las relaciones tradicionales, lo que aumenta el nivel de problemas y retos de regulación.

Esto es tan cierto que, por ejemplo, los empleadores buscan a sus nuevos talentos por medio de páginas web o de aplicaciones de empleo, imparten órdenes por medio de mensajes de texto instantáneos, realizan el control de sus trabajadores por medio de aplicaciones de seguimiento geo- referencial en los teléfonos móviles, mantienen vigilancia de sus instalaciones en circuitos cerrados de televisión, etc. La misma forma de realizar el trabajo se ha visto modificada gracias a la tecnología. Así, la posibilidad de contar con teletrabajadores hoy es una realidad.

Así, toda la información generada y recibida por estas herramientas tecnológicas puede ser aportada a juicio, para lo cual se hace indispensable tener claridad de cómo practicarlos. Por ello se hace necesario que previo a realizar el estudio propuesto, debamos definir ciertos conceptos básicos que formarán parte del presente documento. Los conceptos

¹ Manuel Castells, *Internet y la sociedad red* (Universitat Oberta de Catalunya), 1, accedido 19 de enero de 2019 https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/34314728/INTERNET_Y_LA_SOCIEDAD_RED.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1547937972&Signature=gs9aBecUB4zmq9ZuZXVLQTIwBCY%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DINTERNET_Y_LA_SOCIEDAD_RED.pdf.

² Todos los ámbitos personales se han visto afectados por la tecnología. Las transacciones bancarias, los acuerdos comerciales, certificaciones y notificaciones de entidades públicas, sistemas de emisión de comprobantes de venta, retención y notas de crédito e, inclusive, nuevas modalidades delictuales existen en la actualidad. Por ello, el Derecho también se ha visto afectado por esta nueva realidad que, lamentablemente, está tomando mucho tiempo en adaptarse.

de prueba, fuente y medio de prueba, documento electrónico y demás serán definidos en el primer capítulo.

Por otra parte, la doctrina no es armónica respecto a si los nuevos medios de prueba tienen un carácter autónomo o si, por el contrario, pueden ser asimilados a los medios de prueba clásicos. Para ello, en el primer capítulo, revisaremos las dos corrientes doctrinales, así como jurisprudencia extranjera para entenderlas y para poder determinar la posición que ha adoptado la legislación ecuatoriana, para lo cual nos apoyaremos en el método analítico. Este capítulo también servirá para analizar los requisitos que debe cumplir la prueba electrónica, que son adicionales y especiales a los previstos para los medios tradicionales.

El segundo capítulo nos servirá para realizar un análisis de la relación laboral actual y la utilización de herramientas tecnológicas para el desarrollo de la mismas. En este capítulo se analizarán los límites de las facultades de revisión y supervisión de los empleadores y los derechos que pueden verse inmiscuidos en estas facultades de control, así como sus límites. Otro aspecto necesario de este análisis es el momento en el que se puede aportar una prueba electrónica en el proceso laboral. Esto porque es posible aportarla en más de un momento y no solo en la fase de práctica probatoria que, sin lugar a dudas, es el más importante. Así, analizaremos la manera de incorporarla como acto preparatorio; en la etapa de juicio dentro de varios medios tradicionales, que son los previstos en el Código Orgánico General de Procesos. El tercer capítulo de esta tesis recogerá justamente el análisis de estos momentos.

En el tercer capítulo también se analizarán las formas de obtención de la prueba, asunto no menos controvertido que el anterior; y, por último, analizará la valoración probatoria de los medios electrónicos que, una vez incorporados y válidamente practicados, entregan certezas casi absolutas sobre sus resultados, pero la inexistencia de reglas respecto a su valoración hace que existan dudas sobre su método de valoración.

El tema propuesto es actual, pues la doctrina sigue discutiendo los elementos, condiciones y características que reviste a la prueba electrónica, y pretende aportar una solución a varios vacíos normativos del Código Orgánico General de Procesos.

Capítulo primero

Elementos de la prueba electrónica

Si bien es cierto que, principalmente, las definiciones de prueba, medio de prueba y fuente de prueba, respecto a los medios tradicionales o clásicos de prueba parece que se encuentran zanjados y definidos, el aparecimiento de la prueba electrónica hace que estos conceptos deban ser revisados y, por qué no, nuevamente conceptualizados a fin de contar con términos claros que se apliquen a los medios de prueba electrónicos pues, como señala Xavier Abel Lluch,³ la prueba electrónica ha ampliado la frontera del derecho probatorio, por lo que las precisiones terminológicas resultan esenciales. Por ello, partiremos de ciertos conceptos básicos que nos servirán de guía a lo largo de este trabajo.

1. Prueba

Prueba es un término que abarca una serie de eventos o circunstancias, según se lo analice. Illán Fernández señala que, para contar con una definición completa de prueba, se la debe referir a sus tres componentes.⁴ Entonces, el concepto prueba resulta algo problemático por ser genérico y abarcar una serie de comportamientos y actividades que pueden ser, a su vez, vistas y analizadas de manera individual de manera extensa. A veces, inclusive, estos conceptos podrían ser diversos y no necesariamente concatenados, como la verificación (algo se prueba o se probó) y la búsqueda de esa verificación (anuncio de prueba).

El Código Orgánico General de Procesos no define lo que se entiende por prueba, pero su artículo 158⁵ señala la finalidad de la prueba. Más adelante determina la oportunidad de la prueba, su necesidad y admisibilidad, pero evade la tarea de definir el concepto prueba, lo cual pudo ser de utilidad, aun cuando sabemos que la definición de éste y otros términos

³ Xavier Abel Lluch, *Derecho probatorio* (Barcelona: J.M. Bosch, 2012), 902-3 .

⁴ José María Illán Fernández, *La prueba electrónica, eficacia y valoración en el proceso civil: nueva oficina judicial, comunicaciones telemáticas (LEXNET) y el expediente judicial electrónico :análisis comparado legislativo y jurisprudencial* (Cizur Menor Navarra: Aranzadi, 2010), 227. Los tres componentes a los que se refiere son: materialidad, procesalidad y subjetividad.

⁵ Ecuador. *Código Orgánico General de Procesos*. Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015. El artículo mencionado señala que “La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos.”

no es indispensable para este tipo de cuerpo normativo. Entonces, si bien la regulación sobre la prueba parece extensa,⁶ queda muy reducida al momento de fijar los medios admitidos.

El diccionario de la lengua española⁷ define al término prueba con varias acepciones. Por tomar algunas, prueba es la acción y efecto de probar. También se entiende por prueba la razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo, entre otros, lo que apoya el criterio antes señalado. Esto en lo que podríamos decir, lenguaje natural. El diccionario del español jurídico⁸ trae, también una serie de definiciones del vocablo prueba, entendida como la actuación procesal de las partes que intenta acreditar los hechos invocados en su pretensión, o como la actividad que fija los puntos debatidos y la convicción del juez sobre los mismos, por citar dos. Con esta base, el término presenta nociones difusas, que deben ser encaminadas dentro de un contexto, para poder definirla en base a la necesidad que se tenga.⁹ Y es indiscutible que el vocablo prueba tiene un sinnúmero de connotaciones, no solo jurídicas.

Sentís Melendo, citado por Illán Fernández,¹⁰ señala que el origen etimológico del vocablo prueba viene del latín *probatio*, *probationis* que, a su vez, proviene del vocablo *probus* que significa bueno. Si bien la noción etimológica de la palabra es un referente valioso, es ingenuo sostener que todo aquello que llegue a probarse dentro de un proceso es, por sí mismo, bueno. La realidad supera esta definición etimológica.

Por su parte, Couture¹¹ establece que, en su significado común, prueba es la acción y efecto de probar. Esta noción trae consigo, de todas maneras, dos acciones distintas para el mismo término, pues la acción de probar, entendida como la aportación de los medios correspondientes es una actividad distinta al efecto que esperamos que estos medios tengan.

⁶ En el Código Orgánico General de Procesos la prueba abarca setenta y cuatro artículos, que comprenden todo el Título II del Libro III, referente a las disposiciones comunes a todos los procesos.

⁷ RAE- ASALE, “Diccionario de la lengua española - Edición del Tricentenario”, *Diccionario de la lengua española - Edición del Tricentenario*, accedido 19 de enero de 2019, <http://dle.rae.es/>.

⁸ “Definición de prueba - Diccionario del español jurídico - RAE”, accedido 20 de septiembre de 2019, <https://dej.rae.es/lema/prueba>.

⁹ Enrique M. Falcón, *Tratado de la prueba: civil, comercial, laboral, penal, administrativa: principios y sistemas probatorios, carga de la prueba, factores psicológicos, la informática, el lenguaje, apreciación o valoración, prueba ilícita, medios probatorios documentales e informativos* (Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo Y Ricardo Depalma, 2003), 4.

¹⁰ Sentís Melendo, *El abogado y la prueba* (Revista jurídica de Cataluña, volumen 71) citado en José María Illán Fernández, *La Prueba Electrónica*, 228.

¹¹ Eduardo Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Tercera Edición (póstuma) (Buenos Aires: Depalma Editor, 1958), 215.

Para ello, además, distingue dos conceptos para definir a la prueba. El primero de ellos es la *prueba como verificación*, la cual tiene por objeto afirmar o negar los hechos del proceso, así como también, que el juez conozca de los mismos; concepto que dista de la *prueba como convicción*, misma que tiene por objeto que las partes litigantes intenten crear una convicción al juez.¹²

Por su parte, Chiovenda señala que probar significa formar un criterio al juez respecto de la existencia o inexistencia de hechos de importancia en el proceso,¹³ criterio similar vertido por Manuel Gómez del Castillo al señalar que la prueba es una actividad-resultado que busca la acreditación y el convencimiento de un hecho.¹⁴

Devis Echandía, en el mismo sentido, determina que el vocablo prueba tiene una noción ordinaria y otra técnica, recalcando además la importancia de la misma, al señalar que sin ella (la prueba) estaríamos expuestos a la irreparable violación del derecho por parte de los demás, por lo que el estado no podría armonizar la vida en sociedad al serle imposible ejercer su actividad jurisdiccional,¹⁵ por lo que la administración de justicia sería imposible sin la prueba.

Por su parte, dentro de la doctrina moderna, Abel Lluch señala que la actividad probatoria varía conforme a las cargas y posición de las partes del proceso. Para los litigantes probar significa indagar, investigar y aportar hechos al proceso, mientras que para el juez es verificar esos aportes.¹⁶ Entonces, podemos señalar que no existe una definición única respecto de prueba, pero podemos concluir que la prueba es una actividad intelectual que tiene por objeto intentar alcanzar la verdad, por medio de la composición o recomposición de hechos.¹⁷

¹² Ibid., 218.

¹³ Guissepe Chiovenda, *Principios de Derecho Procesal Civil* Tomo II, (Madrid: Traducción española de la Tercera Edición Italiana, Prólogo y Notas, Editorial Reus, 1925) 281, libro digitalizado por la Biblioteca Jurídica Argentina.

¹⁴ Manuel Gómez del Castillo y Gómez, “Aproximación a los nuevos medios de prueba en el proceso civil”, en *Derecho y conocimiento*, 1: 77–90, accedido 16 de septiembre de 2016, <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/1546/b1205663.pdf?sequence=1>.

¹⁵ Hernando Devis Echandía, *Compendio de Derecho Procesal*, tercera edición, vol. Tomo II Pruebas Judiciales (Bogotá: ABC, 1973), 1.

¹⁶ Abel Lluch, *Derecho probatorio*, 18.

¹⁷ Marco Ernesto Briseño García Carrillo, “La Prueba en Medios Electrónicos. Su eficacia procesal” en Juan Pablo Pampillo Baliño, Manuel Alejandro Munive Páez coord, en *Obra jurídica enciclopédica*, vol. Derecho Procesal Civil y Mercantil (México, DF: Porrúa, 2012).

Briseño García mantiene una interesante teoría respecto a la prueba. Con cierta razón aduce que la prueba es el acto de producir y que ella no puede “reproducir”,¹⁸ pues tanto el tiempo como el espacio en el que un hecho o circunstancia se dieron, no pueden repetirse nuevamente. En sus palabras, no puede pensarse, siquiera, la fantasía de regreso al minuto anterior, a lo que diríamos que ni siquiera puede regresarse al segundo anterior, con lo cual parte de su teoría es válida, en parte. Ahora, consideramos que esta afirmación resulta una verdad a medias, pues hoy existen medios tecnológicos que recogen los hechos pasados y nos permiten reproducirlos. Por ejemplo, una grabación de un circuito cerrado de televisión (CCTV) o una grabación de audio tienen esta facultad. Es cierto que no podemos regresar físicamente al pasado, pero el pasado puede quedar plasmado con tal claridad, que la reproducción es posible, justamente, gracias a la ayuda de la tecnología.

Así, podemos señalar que por prueba se deberá entender toda actividad de las partes que permita aportar elementos sobre la existencia de un hecho favorable para su pretensión, que permita al juzgador verificar su existencia. En definitiva, el término prueba deberá ser entendido de acuerdo con el contexto que se utilice pudiendo referirse, por ejemplo, a la acción de probar, a los hechos o circunstancias a ser justificados, la razón que pueda otorgar el juez, dependiendo del estado de la causa y de la parte a la que corresponda.

2. Fuente de prueba electrónica

Por fuente de prueba debe entenderse, de manera general, todo aspecto, situación, implemento y demás, que permitan el nacimiento de la prueba; entendiendo prueba, como el hecho a ser justificado. Devis Echandía¹⁹ se refiere a este concepto como objeto de la prueba, señalando que el objeto de la prueba es todo lo que se puede probar, aquello sobre lo que puede recaer la prueba.

Ordoño Artés²⁰ señala que la fuente de prueba es ajurídica y extra procesal, que existe antes del proceso y con independencia completa de él, regida por las reglas del derecho, pero

¹⁸ Ibid., 398

¹⁹ Devis Echandía, *Compendio de Derecho Procesal*, Tomo II Pruebas Judiciales, 48.

²⁰ Carmen Ordoño Artés, “El Avance Tecnológico y los Nuevos Medios de Prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil” en Javier Cremades, Miguel A. Fernández Ordóñez, y Rafael Illescas Ortiz, eds.,

no por reglas procesales, debido a que la fuente necesita de un medio para ser incorporada al proceso. Abel Lluch,²¹ concordando con Ordoño Artés, señala además que las fuentes de prueba, al ser los instrumentos que sirven para acreditar las aseveraciones de las partes son, en concepto, ilimitadas. Por ello, afirma, que las fuentes de prueba les corresponden a los litigantes y los medios, por su parte, al juez.

En otro orden de ideas, Illán Fernández²² concluye que la fuente de prueba electrónica es, entonces, el soporte en el que queda grabado el hecho que se pretende hacer valer en juicio. Por tanto, las fuentes de prueba electrónicas son las imágenes, las palabras, los sonidos recogidos.

Fuente, en el sentido gramatical de la palabra, es el origen, principio o fundamento de algo,²³ en este caso de la prueba. Entonces, podemos concluir que las fuentes de prueba electrónica son todos los implementos tecnológicos que captan, recopilan, archivan, recogen y que pueden reproducir hechos, circunstancias, cifras, datos, declaraciones, imágenes, sonidos y demás que, una vez gestionados de manera adecuada, podrán ser incorporados al proceso en los medios de prueba aceptados por la legislación procesal.

3. Medio probatorio electrónico

Devis Echandía²⁴ señala que los medios probatorios son los métodos aceptados por la legislación procesal como vehículos de la prueba pues, gracias a ellos, el juez llega a conocer el hecho fuente de prueba. Chiovenda²⁵ señala, en similar sentido, que los medios de prueba son las *especies* de prueba y las actividades necesarias para que éstas sean llevadas al proceso.

Por su parte, Xavier Abel Lluch²⁶ señala que los medios de prueba son conceptos que existen en y para el proceso, por lo que son finitos y limitados pues servirán solo los que

Régimen jurídico de Internet, Colección Derecho de las telecomunicaciones (Las Rozas (Madrid): La Ley, 2002), 493.

²¹ Abel Lluch, *Derecho probatorio*, 25.

²² Illán Fernández, *La prueba electrónica, eficacia y valoración en el proceso civil*, 264.

²³ ASALE, “Diccionario de la lengua española - Edición del Tricentenario”.

²⁴ Devis Echandía, *Compendio de Derecho Procesal*, Tomo II Pruebas Judiciales, 86.

²⁵ Giuseppe Chiovenda, *Principios del Derecho Procesal Civil*, Tomo II, 266.

²⁶ Abel Lluch, *Derecho probatorio*, 25.

hayan sido previstos por el legislador. En el mismo sentido, Ordoño Artés²⁷ señala que el medio de prueba necesita de la existencia del proceso para su nacimiento, debido a que se desarrolla en él.

De los medios probatorios electrónicos se dice que son aquellos relacionados, directa o indirectamente, con los avances tecnológicos, que se conforman fuera del proceso y que se incorporan a él por medio de documentos electrónicos, copias digitales, medios de reproducción de imágenes, sonidos y/o videos, instrumentos de archivo, etc.²⁸

Entonces, podemos señalar que los medios de prueba electrónicos, son todos aquellos que nacen de una fuente tecnológica que, una vez que haya surgido un proceso, estarán en capacidad de ser practicados conforme a las normas procesales existentes previamente.

En este sentido, preocupa que el Código Orgánico General de Procesos no cuente con una norma que señale los medios de prueba que pueden llegar a practicarse en juicio,²⁹ lo cual nos parece un error que debe ser corregido cuanto antes, pues la claridad en esta disposición es crucial para las partes en litigio, dado que ella conlleva implícita el derecho a la prueba y a la defensa, que deben ser respetadas en todo momento. Contrario a esto, el Código de Procedimiento Civil,³⁰ derogado por la expedición del Código Orgánico General

²⁷Carmen Ordño Artés en Cremades, Fernández Ordóñez, y Illescas Ortiz, *Régimen jurídico de Internet*, 493.

²⁸ Illán Fernández, *La prueba electrónica, eficacia y valoración en el proceso civil*, 235. El autor también hace una diferenciación entre medio electrónico, medio informático y medio digital. Sobre el primero señala que son aquellos instrumentos creados para intercambiar información de manera automatizada. Como ejemplo de estos medios, está internet, fax, correo electrónico. Por su parte, señala que los medios informáticos son los soportes que contienen información, que debe ser incorpórea y que debe transformarse, en algún modo, a idioma entendible para nuestros sentidos. Por último, como medio digital entiende la información escrita, verbal o ambas, así como el medio de almacenamiento y transmisión. Entendemos que esta diferenciación teórica podría ser de utilidad, como lo señala el autor, pues sirve para comprender de mejor manera el elemento de estudio; sin embargo, en aras de simplificar nuestras ideas y el entendimiento de las mismas, utilizaremos el concepto genérico que gran parte de la doctrina utiliza, que es medio de prueba electrónico.

²⁹ Legislaciones como la española y la mexicana, por citar dos ejemplos, tienen incorporadas normas que señalan los medios de prueba admitidos en juicio y, entre ellos, constan los medios de prueba obtenidos por nuevas tecnologías. Ver artículo 299.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil español, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 7 de enero de 2000; artículo 93 de la Ley Federal de Procedimientos Civiles mexicano, publicado Diario Oficial de la Federación el 09 de abril de 2012. El Código General del Proceso colombiano no tiene un texto que reconozca expresamente la prueba electrónica sin embargo de los cual, deja abierta esa posibilidad en el artículo 165, que refiere a los medios de prueba.

³⁰ El artículo 125 del derogado Código señalaba: “las pruebas consisten en confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial y dictamen de peritos o de intérpretes. Se admitirá también como medios de prueba las grabaciones magnetofónicas, las radiografías, las fotografías, las cintas cinematográficas, los documentos obtenidos por medios técnicos, electrónicos, informáticos, telemáticos o de nueva tecnología; así como también los exámenes morfológicos, sanguíneos o de otra naturaleza técnica o científica. La parte que los presente deberá suministrar al juzgado en el día y hora

de Procesos, tenía una norma clara respecto a los medios de prueba que podían ser practicados en juicio.

Es lamentable que el legislador al expedir el Código Orgánico General de Procesos haya generado, en más de una ocasión, más problemas que soluciones. Ahora, a falta de una disposición clara nos obliga, para los fines de este trabajo, a que debamos interpretar la norma. Los capítulos que conforman el Título II, del Libro III, del Código Orgánico General de Procesos, denominado “Prueba”, desarrollan las reglas generales y los medios de prueba que pueden practicarse como la prueba testimonial, la prueba documental, la prueba pericial y la inspección judicial, lo que nos deja clara la situación de la inexistencia de un capítulo que trate respecto a la prueba electrónica o producida por nuevas tecnologías.

Sin embargo, existe un solo artículo en el COGEP que habla de los documentos digitales,³¹ en donde expresa la forma en la que serán considerados los documentos producidos electrónicamente. Pero esta norma tiene una peculiaridad y es que, su último inciso, señala que serán admitidos como medio probatorio “todo contenido digital”, conforme a las normas de este código. Este inciso intenta salvar la equivocación del legislador, abriendo la posibilidad de que los medios de prueba electrónicos de *todo contenido digital* sean admitidos como prueba.

Lo curioso es que el Código de Procesos nada dice sobre cómo debe ser practicado el medio de prueba electrónico, por lo que la frase *conforme a las disposiciones de este código* parecería quedar en mera retórica. El Código guarda silencio respecto a la práctica probatoria de medios de prueba electrónicos. Al ser una norma oscura, debemos recurrir a las técnicas de interpretación de la norma, señaladas en el artículo 18 del Código Civil. Así, debemos pensar que los medios de prueba electrónicos deben ser practicados conforme se lo hagan los medios clásicos, particularmente el documental. Sin embargo, si bien puede ser acertada esta interpretación, no deja de ser problemática, pues los medios de prueba electrónicos tienen

señalados por el juez los aparatos o elementos necesarios para que pueda apreciarse el valor de los registros y reproducirse los sonidos o figuras. Estos medios de prueba serán apreciados con libre criterio judicial según las circunstancias en que hayan sido producidos. Se considerarán como copias las reproducciones del original, debidamente certificadas que se hicieren por cualquier sistema.”

³¹ Artículo 202 del Código Orgánico General de Procesos que dice: “los documentos producidos electrónicamente con sus respectivos anexos, serán considerados como originales para efectos legales. [...] Podrá admitirse como medio de prueba todo contenido digital conforme con las normas de este Código.”

sus propias peculiaridades, mismas que deben ser atendidas por el juzgador a fin de garantizar los derechos de las partes.

4. Documento electrónico

El Diccionario de la Lengua Española³² define al término documento con las siguientes acepciones:

- I. Diploma, carta, relación u otro escrito que ilustra acerca de algún hecho, principalmente de los históricos.
- II. Escrito en que constan datos fidedignos o susceptibles de ser empleados como tales para probar algo.
- III. Cosa que sirve para testimoniar un hecho o informar de él, especialmente del pasado.

El propio diccionario define, más adelante, los términos documento auténtico, documento de identidad nacional, documento privado y documento público- estos últimos de interés para nuestro estudio y que serán determinados más adelante. Sin embargo, podemos apreciar, sin dificultad, que el vocablo documento no tiene una acepción unívoca. Pinochet Olave³³ hace un análisis respecto a este punto, señalando que el documento no es un término netamente jurídico, sino que pertenece a la cultura general y, como tal, representa toda entidad material susceptible de revelar una intención humana, por intermedio de los sentidos. Este mismo autor señala que no existe una definición jurídica de documento, pero que, de haberla, sería todo objeto de importancia probatoria que sea susceptible de ser llevado ante un juez o de ser agregado al proceso.³⁴ Entonces, podemos asegurar que un documento es un instrumento que contiene hechos que sirven para probar algo.

El diccionario del español jurídico define al documento electrónico como “todo contenido almacenado en formato electrónico, en particular, en texto o registro sonoro, visual

³² ASALE, “Diccionario de la lengua española - Edición del Tricentenario”.

³³ Ruperto Pinochet Olave, “El documento electrónico y la prueba literal”, *Ius et Praxis* 8, n.º 2 (2002): 2, doi:10.4067/S0718-00122002000200012.

³⁴ En este sentido, el autor sigue los lineamientos de Jaime Guasp, quien señala que prueba real consiste en la posibilidad de llevar un objeto físico a la presencia del juez. Si el objeto tiene esta característica, se entenderá que es una prueba documental. Documento será, entonces, aquel medio de prueba que consiste en llevar un objeto, físicamente, a la presencia del juez. Jaime Guasp, *Derecho procesal civil*, Tomo I. (Instituto de estudios políticos: Madrid, 1968), 391.

o audiovisual”³⁵ En igual sentido, Abel Lluch define al documento electrónico como todo objeto material en donde se pueda manifestar la voluntad o se represente un hecho y que pueda ser obtenido a través de los modernos medios reproductivos.³⁶ Pero llega a esta definición, que parece simple, una vez que analiza tres nociones de documento electrónico.³⁷ La primera denominada como muy amplia, que determina que documento electrónico es todo objeto en el que, de cualquier manera, haya intervenido la informática en su producción. En este sentido, documento electrónico sería cualquier producción de soportes informáticos, ópticos y/o auditivos. Esto hace que, al ser un concepto muy general, el autor no concuerde con el mismo y lo descarte.

Como segundo concepto está el denominado amplio, que señala al documento electrónico como todo aquel objeto en que, en cualquiera de sus fases, intervino un equipo informático. Abel Lluch, en este sentido, tampoco coincide con este concepto que, a nuestro entender, es muy similar al anterior, pues señala que en muchos documentos se utiliza la informática y, por otra parte, que una vez plasmados en papel, desaparecen sus características y la problemática que plantea como prueba.

El tercer concepto, con el que el autor concuerda, es el concepto estricto, según el cual los documentos electrónicos son aquellos contenidos o almacenados en equipos o soportes informáticos. Entonces, no importaría como se produce el documento, sino cómo se lo almacena, para definirlo como electrónico o no. Es de señalar que no concordamos con este criterio, pues entendemos que la palabra documento busca documentar, que no es más que plasmar o justificar algo.

Para Parra Quijano son aquellos contenidos en soportes electrónicos o informáticos cuyo texto puede ser “magnitudes físicas que representan en forma codificada unas declaraciones o representaciones y que son susceptibles de registro, proceso y transmisión.”³⁸

³⁵ “Definición de documento electrónico - Diccionario del español jurídico - RAE”, accedido 20 de septiembre de 2019, <https://dej.rae.es/lema/documento-electr%C3%B3nico>.

³⁶ Xavier Abel Lluch et al., *La prueba electrónica* (Barcelona: Bosch, 2011), 27, <http://site.ebrary.com/id/10479353>.

³⁷ Ibid., 28.

³⁸ Jairo Parra Quijano, *Documentos electrónicos y su valor probatorio*, (ponencia en la I Convención internacional de derecho informático, documentación y documento electrónico, Bogotá, 18,19 y 20 de octubre de 2006) accedido 3 de marzo de 2016, <https://www.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2017/01/El-documento-electronico-y-su-alcance-probatorio.doc>: 1. El autor señala que ha tomado parte de la definición de Higuera Heredero sobre documento electrónico.

Este autor refiere, además, que la producción del documento puede deberse a la acción directa o indirecta de la persona y que, inclusive, no es necesario conocer su autor, dato que únicamente cobra relevancia al momento de valorar la prueba.

Acurio del Pino³⁹ define al documento electrónico como toda expresión del lenguaje natural o cualquier otra expresión recogida en cualquier tipo de soporte material, incluso los informáticos. Davara Rodríguez⁴⁰ también se inclina por un concepto muy amplio del documento electrónico, como Illán Fernández, y lo define como todo soporte informático sobre el que se encuentran palabras o signos que identifican ideas.

Illán Fernández⁴¹ señala, a su vez, que el documento electrónico es más complejo en cuanto al soporte que lo contiene, pues necesita de medios electrónicos para su acceso y lectura. En este sentido, los define como objetos materiales que plasman una manifestación de voluntad o representan un hecho de interés para el proceso, que puede obtenerse a través de los modernos medios reproductivos. Este autor se decanta por un concepto muy amplio del concepto documento electrónico, según lo antes señalado.

Por su parte, Davara Fernández de Marcos explica que el Código de Comercio mexicano señala como mensaje de datos al documento electrónico y define al documento electrónico como “la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología”.⁴²

Podemos apreciar que, incluso en este concepto, no existe uniformidad, ya que se pueden apreciar dos criterios contrapuestos. Por nuestra parte, consideramos que el concepto de documento electrónico debe ser un concepto general, en donde toda producción en un soporte electrónico será, por defecto, un documento electrónico, en sentido amplio, aunque el soporte en el que estuviere contenido no sea, necesariamente, escrito.⁴³

³⁹ Juan José Páez Rivadeneira y Santiago Acurio del Pino, *Derecho y nuevas tecnologías*, 1a ed (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010), 43.

⁴⁰ Miguel Angel Davara Rodríguez, *Manual de derecho informático*, 3. ed., Colección Manuales Aranzadi (Elcano, Navarra: Aranzadi Editorial, 2001), 396.

⁴¹ Illán Fernández, *La prueba electrónica, eficacia y valoración en el proceso civil*, 355, 6. De hecho, el autor critica a otros tratadistas que restringen el concepto de documento electrónico

⁴² Isabel Davara Fernández de Marcos, “Firma y prueba electrónicas en México” en Juan Pablo Pampillo Baliño y Manuel Alexandro Munive Páez coord., *Obra jurídica enciclopédica*, vol. Derecho Informático e Informática Jurídica (México, DF: Porrúa, 2012), 243.

⁴³ Por ejemplo, entendemos que una captura de pantalla, un estado de Facebook o un mensaje de Whatsapp no tienen problema al ser identificados como documento. Pero una filmación de un circuito cerrado de televisión o un mensaje de voz vía Whatsapp pueden presentar dificultad. Sin embargo, dado que entendemos

Entonces, si bien la preponderancia del documento papel ha sido de tal envergadura que no es fácil disociar este elemento de la esencia del documento,⁴⁴ el concepto de documento se ve, y debe ser, modificado gracias a la tecnología, pues no se puede concebir, a partir de esto, que una filmación de video o una grabación de audio no sean documentos.

Por su parte, la Ley de Comercio Electrónico⁴⁵ no define, particularmente, al documento electrónico, sino que también lo engloba dentro del concepto mensaje de datos que, a nuestro entender, los hace sinónimos. Así, la disposición general novena, señala que documento electrónico/mensaje de datos⁴⁶ define al mensaje de datos como todo aquello producido, enviado o intercambiado por cualquier medio electrónico. Nuestra Ley de Comercio Electrónico también toma el concepto muy amplio de documento, según lo analizado líneas arriba.

Esto se debe a que la norma está investida por dos principios. El primero de ellos el de neutralidad tecnológica, que significa que la norma no debe estar atada a una tecnología en particular, sino que debe ser lo más general y neutra posible. Ello abre la posibilidad del ingreso de nuevas tecnologías, sin la necesidad de reformas legales.⁴⁷

El segundo principio es el de equivalencia funcional, que otorga a los mensajes de datos la misma validez jurídica y probatoria que los documentos escritos. Entonces, este principio que está recogido en el artículo seis de la Ley de Comercio Electrónico, permite que los mensajes de datos sean tratados como se trata a los documentos físicos, siempre que “la información contenida sea accesible a su posterior consulta.”

al vocablo documento como todo objeto que se utiliza para documentar, toda producción electrónica será, por defecto, documento electrónico.

⁴⁴ Marianella Ledesma Narváez, “La prueba documental electrónica”, *Foro Jurídico* 0, n.º 15 (24 de abril de 2016): 21, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/19832>.

⁴⁵ Ecuador. *Ley de Comercio, Firmas y Mensajes de Datos*, Registro Oficial 557, Suplemento, 17 de abril de 2002. La disposición general novena refiere al glosario de términos de la ley.

⁴⁶ La disposición general novena de la Ley define al mensaje de datos como “es toda información creada, generada, procesada, enviada, recibida, comunicada o archivada por medios electrónicos, que puede ser intercambiada por cualquier medio. Serán considerados como mensajes de datos, sin que esta enumeración limite su definición, los siguientes documentos electrónicos, registros electrónicos, correo electrónico, servicios web, telegrama, télex, fax e intercambio electrónico de datos.”

⁴⁷ Germán Darío Florez, “La validez jurídica de los documentos electrónicos en Colombia a partir de sus evolución legislativa y jurisprudencial”, *Verba Iuris*, n.º 31 (1 de junio de 2014): 47, doi:10.18041/0121-3474/verbaiuris.31.54.

4.1. Documentos públicos y privados

Al igual que sucede con los documentos físicos, los documentos electrónicos también pueden ser clasificados en públicos y privados, de acuerdo con la persona a quien se atribuya su autoría. Así, el artículo 51 de la Ley de Comercio Electrónico señala que:

“se reconoce la validez jurídica de los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmados electrónicamente. Dichos instrumentos públicos electrónicos deberán observar los requisitos, formalidades y solemnidades exigidos por la ley y demás normas aplicables.”⁴⁸

Por su parte el Código Orgánico General de Procesos⁴⁹ determina que el documento público es aquel autorizado con las solemnidades legales. También señala que “se considerarán también instrumentos públicos los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmados electrónicamente.”

El artículo 207 del mismo Código, concordante con el artículo 1717 del Código Civil,⁵⁰ señala que el documento público hace fe, incluso frente a terceros, en cuanto al hecho de haberse otorgado y la fecha, pero no sobre el contenido del mismo. Entonces, la característica de público le da un grado mayor de certeza y veracidad al documento, al menos sobre la fecha de celebración y sobre el hecho de haber sido celebrado.

El mismo cuerpo legal, por otra parte, señala que los documentos privados son aquellos que han sido realizados por particulares, sin la intervención de un funcionario público. Debemos entender, entonces, que la gran mayoría de documentos electrónicos serán entendidos como documentos privados, para fines probatorios.

4.2 Firma electrónica

Como parte de la existencia documental consta la firma. Al igual que en un documento físico existe la posibilidad de estampar una firma autógrafa, que permite conocer

⁴⁸ Ecuador. *Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos*, artículo 58.

⁴⁹ Ecuador. *Código Orgánico General de Procesos*, artículo 205. Consideramos que, de manera errónea, el artículo 206 determina las “Partes esenciales de un documento público”. Entre ellas señala, como esenciales: “2. La cosa, cantidad o materia de la obligación; 3. Las cláusulas principales para conocer su naturaleza y efectos”; elementos, sin duda, que contendrá una escritura pública que es una especie de documento público. Así, si otro tipo de documento, como una resolución administrativa no contiene las “cláusulas principales para conocer su naturaleza”, por no necesitar cláusulas, no sería un documento público válido, pues no contiene un requisito esencial del mismo, lo que suena absurdo.

⁵⁰ Ecuador. *Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005.

el autor del mismo y su aceptación sobre el contenido plasmado en él, la firma electrónica tiene esa misma función y se asimila, entonces a la firma física.

Firma está definida en el diccionario de la lengua española como el “nombre y apellidos escritos por una persona de su propia mano en un documento, con o sin rúbrica, para darle autenticidad o mostrar la aprobación de su contenido”; o como, “rasgo o conjunto de rasgos, realizados siempre de la misma manera, que identifican a una persona y sustituyen a su nombre y apellidos para aprobar o dar autenticidad a un documento.”⁵¹ Por su parte, el diccionario del español jurídico lo define como el conjunto de datos en forma electrónica, consignados o asociados a otros, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante.⁵²

Illán Fernández,⁵³ en igual sentido, define a la firma electrónica como un conjunto de datos electrónicos que, consignados junto a otros o asociados a éstos, sirven como identificación del firmante. También los entiende como parte fundamental del documento electrónico.

Parra Quijano, citado por Contreras Zambrano,⁵⁴ señala que la firma electrónica es cualquier método o símbolo que, utilizado en medios electrónicos, vincula al autor con el documento y lo autentica, cumpliendo las funciones de una firma escrita.

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico que nació, entre sus fines principales, con el objetivo de suprimir los impedimentos y trabas jurídicas de los países miembros para facilitar el comercio electrónico señala, en su artículo siete,⁵⁵ que la firma electrónica es un método para identificar a una persona que ha elaborado un documento y para señalar que dicho autor aprueba el contenido del mensaje de datos. Nuestra Ley de Comercio Electrónico la define como los datos electrónicos señalados en un mensaje de datos, que permiten “identificar al titular de la firma en relación con el mensaje de datos, e indicar que el titular de la firma aprueba y reconoce la información contenida en el mensaje

⁵¹ ASALE, “Diccionario de la lengua española - Edición del Tricentenario”.

⁵² RAE, “Diccionario del español jurídico - Real Academia Española”, *Diccionario del español jurídico - Real Academia Española*, accedido 27 de septiembre de 2019, <https://dej.rae.es/>.

⁵³ Illán Fernández, *La prueba electrónica, eficacia y valoración en el proceso civil*, 470.

⁵⁴ Jairo Parra Quijano, *Tratado de la prueba judicial*, (Editorial ABC: Bogotá, 2003) citado en Josué Manuel Contreras Zambrano, *Valoración probatoria del documento electrónico y firma electrónica en el proceso judicial venezolano*, 30, accedido 13 de enero de 2019, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32007.pdf>.

⁵⁵ CNUDMI. *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico*, https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf, visitado el 04 de abril de 2016.

de datos.”⁵⁶ Así, nuestra ley toma partido por la definición de la Ley Modelo antes señalada y, entonces, mediante el uso de la firma electrónica no cabría duda alguna sobre el autor del mensaje y sobre su aceptación al contenido del mismo.

Bajo esta perspectiva, Davara Fernández de Marcos⁵⁷ señala que la firma electrónica otorga certeza al documento electrónico, pues aporta lo siguiente:

- a. Identificación de las partes: la firma ayuda a garantizar que las partes intervinientes son quienes dicen ser;
- b. Autenticación del contenido: la firma ayuda a garantizar que el documento o mensaje de datos ha sido emitido por el firmante, lo cual otorga consecuencias jurídicas derivadas de las declaraciones existentes en el mismo;
- c. Integridad del documento: la firma ayuda a dar certeza de que el documento ha permanecido completo e inalterado desde su firma;
- d. Confiabilidad: la firma garantiza que el documento o mensaje solo puede ser cifrado por el firmante y el receptor;
- e. No repudio entre las partes (firmante y receptor): la firma electrónica garantiza la autoría e integridad, por lo que las partes no podrán negar haber enviado y/o recibido el mensaje o documento.

El artículo 15 de la Ley de Comercio Electrónico determina los requisitos de validez de la firma electrónica. Lo curioso es que, a más de los requisitos señalados en la ley, ésta faculta a las partes a que puedan establecer, al parecer sin límite alguno más que el respeto al ordenamiento jurídico, otros requisitos adicionales para que la firma electrónica tenga valor. Por demás está señalar que a la firma física jamás se le han colocado requisitos de validez y, mucho menos, se ha dejado en libertad de las partes el establecer condiciones adicionales.

Pese a ello, es importante determinar que la ley exige a la firma electrónica, en el citado artículo 15, lo siguiente:

- i. Ser individual y estar vinculada exclusivamente a su titular;

⁵⁶ Ecuador. *Ley de Comercio Electrónico*, artículo 13.

⁵⁷ Isabel Davara Fernández de Marcos, *Firma y prueba electrónicas en México*, en Pampillo Baliño y Munive Páez coord., *Obra jurídica enciclopédica*, vol. Derecho Informático e Informática Jurídica:233.

- ii. Que permita verificar inequívocamente la autoría e identidad del signatario, mediante dispositivos técnicos de comprobación establecidos por esta ley y sus reglamentos;
- iii. Que su método de creación y verificación sea confiable, seguro e inalterable para el propósito para el cual el mensaje fue generado o comunicado;
- iv. Que, al momento de creación de la firma electrónica, los datos con los que se creare se hallen bajo control exclusivo del signatario, y,
- v. Que la firma sea controlada por la persona a quien pertenece.

Estos requisitos no dejan de ser problemáticos, especialmente por las singularidades que conlleva la creación de documentos electrónicos. También, debemos reconocer que existen clases de firmas electrónicas, lo que dificulta la aplicación de estos requisitos de validez. Entonces, si bien la firma electrónica es asimilable a la firma física, existen características peculiares sobre la primera, que llevan a diferenciarla de la firma autógrafa, más allá del soporte en el que se encuentran.

Madrid Parra⁵⁸ difiere en cuanto a la definición de la Ley Modelo y de las características antes referidas, en cuanto aquella señala que el autor, mediante la firma electrónica aprueba el contenido del mensaje. Para el autor, la utilización en la ley del término *aprueba* no se la hace en estricto sentido jurídico, por lo que no siempre que un mensaje contenga una firma electrónica su autor quedará obligado jurídicamente. Bajo su interpretación, el término *aprueba* se lo utiliza para establecer un simple nexo entre el contenido del mensaje y el autor, con independencia de las consecuencias jurídicas que pudieran derivarse.

En otro orden de ideas, la firma electrónica podrá estar certificada, o avanzada, o sin certificar o no avanzada. La primera, conforme el artículo 20 de la Ley de Comercio Electrónico, “es el mensaje de datos que certifica la vinculación de una firma electrónica con una persona determinada, a través de un proceso de comprobación que confirma su identidad.” Lógicamente, la firma que no cuente con esta validación, será firma no certificada. Entonces, podemos concluir que la misma ley, al definir la firma electrónica se

⁵⁸ Agustín Madrid Parra. “Tramitación y Contenido de la Ley Modelo de la CNUDMI/ UNCITRAL sobre las Firmas Electrónicas”, 38 en Agustín Madrid Parra et al., *El Contrato por Medios Electrónicos: Homenaje a Fernando Hinestrosa, 40 años de rectoría 1963-2003*, Departamento de Derecho de los Negocios (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003).

refiere a aquella que esté certificada pues, de la firma no certificada no se tendría la certeza de su autor y aprobación al texto, apoyando la tesis de Madrid Parra antes referida.

Conforme al artículo 14 de la Ley de Comercio Electrónico, la firma electrónica tendrá igual validez y los mismos efectos jurídicos que a una manuscrita, y *será admitida como prueba en juicio*. Entonces, si bien la firma electrónica puede ser análoga a la física, la primera deberá cumplir con requisitos adicionales para vincular al autor y darle efectos jurídicos al contenido del documento, como ser una firma electrónica certificada.

Vinculado con lo anterior, el certificado de una firma electrónica proviene de una entidad certificadora. Nuestra Ley de Comercio Electrónico, en su artículo 29, define a dicha entidad como la empresa unipersonal o persona jurídica que emite certificados de firma electrónica, mediante el cual se refrenda la vinculación de la firma con la persona emisora del mensaje de datos.

Por su parte, el artículo 22 de la Ley de Comercio Electrónico señala una serie de requisitos que debe contener el certificado emitido por estas entidades. Las principales, a nuestro entender son la identificación de la entidad de certificación de información, los datos del titular del certificado que permitan su ubicación e identificación, el método de verificación de la firma del titular del certificado, las fechas de emisión y expiración del certificado y el número único de serie que identifica el certificado. Cabe decir, que además de estos requisitos, existen otros que pueden llegar a establecerse legal o reglamentariamente. Como se puede apreciar, entonces, la firma electrónica certificada otorgará plena certeza respecto a la fecha de emisión del documento, sobre los datos del titular de la firma y, conforme a la ley, a la aceptación del contenido del documento que ha sido firmado electrónicamente. Como se señala en el texto legal citado, cada certificado tendrá un número de serie que lo identifique y un método de validación o verificación.

Illán Fernández⁵⁹ señala que la prueba de autenticidad de la firma electrónica consistirá en aportar el certificado digital apto para la verificación. La firma electrónica, siguiendo al mismo autor, contiene dos claves, una pública y una privada, para identificar al autor, quien por medio de un dato privado que solo él conoce, clave privada, crea la firma.

⁵⁹ Illán Fernández, *La prueba electrónica, eficacia y valoración en el proceso civil*, 431.

La firma, además, impide modificaciones al contenido del documento, ya que esta clave privada lo encripta.⁶⁰

Rodríguez Adrados, en tal sentido, dice que la firma electrónica es el resultado de la aplicación de esa clave privada al mensaje. Por ende, la firma electrónica de una persona nunca será la misma, ya que es distinta en cada mensaje cifrado con dicha clave, porque no solamente depende de la clave que cifra, sino también del texto cifrado con ella. “Así se asegura la integridad del mensaje, pues la más pequeña alteración, aun en un solo bit, lo convierte en una jerga ininteligible.”⁶¹

Siguiendo el razonamiento de este autor, la certificación de la firma electrónica serviría, simplemente, para conocer quién es el titular de la firma, pero no para determinar, a ciencia cierta, si éste accionó la clave privada y generó la firma, “lo mismo que la matrícula de un coche sirve para identificar a su titular, pero no para saber quién lo conducía al tiempo de un accidente.”⁶² Termina señalando que la firma electrónica avanzada, por tanto, identifica al titular de la clave, pero no identifica al *firmante*, que puede ser otra persona distinta al titular. Por ello, concluye que la firma electrónica no es *firma*, sino un sello. La distinción entre la firma y el sello radica, precisamente, en que la firma requiere, indiscutiblemente, de la actuación misma del firmante, mientras que el sello puede imponerse por otra persona.⁶³

Pese a ello, conforme hemos citado, la Ley de Comercio Electrónico no permite estas disyuntivas anotadas. Para el texto legal, que será lo que debe ser aplicado por los operadores de justicia, la firma electrónica certificada vincula al titular con el contenido del texto. Evidentemente, conforme la misma ley, puede practicarse prueba en contrario que logre desvirtuar esta presunción.

4.3. Códigos de respuesta rápida (QR code)

Los documentos electrónicos, desde hace algún tipo atrás, se han venido determinando códigos de verificación distintos a la firma electrónica. Estos códigos se

⁶⁰ Ibid., 429.

⁶¹ Antonio Rodríguez Adrados, “La Firma Electrónica”, en *Revista Jurídica del Notariado*, 2000, 102, <http://www.eco.unlpam.edu.ar/objetos/materias/escribania/derechonotarial/notasrevistas/RevdelNotAdrados.pdf>, 102.

⁶² Ibid., 108.

⁶³ Ibid., 112.

denominan QR, por sus siglas en inglés, que significan *quick response code* o códigos de respuesta rápida.

Estos códigos fueron creados por Denso Wave (una división de la Corporación Denso) en 1994.⁶⁴ Es un tipo de código de barras de bidimensional, diseñado para ser leído por teléfonos inteligentes. “El código consta de módulos negros dispuestos en un patrón cuadrado sobre un fondo blanco. La información cifrada puede ser texto, una URL u otro tipo de datos.”⁶⁵

Los códigos QR, al ser de dos dimensiones, tienen la capacidad de almacenar mayor cantidad de datos que los tradicionales códigos de barras, que son unidimensionales. Así, tienen las siguientes características: (i) son descodificados directamente por un lector, no requieren datos, redes o demás, solo el lector del teléfono móvil; (ii) pueden codificar texto, imágenes, sonidos u otras informaciones; (iii) cuentan con una alta fiabilidad de decodificación; (iv) son baratos y fáciles de crear; (v) son resistentes a los plegados, cortes, perforaciones o rayones del soporte; (vi) son flexibles y requieren de poco espacio de impresión.⁶⁶ Gutiérrez,⁶⁷ a estas características, añade la capacidad de lectura en cualquier dirección, dado que los códigos QR son omnidireccionales y la capacidad de división. El código QR puede dividirse en varios códigos más y la información puede ser guardada en múltiples códigos que pueden reconstruirse en uno solo.

Ahora bien, no existe una regulación especial de estos códigos en la legislación nacional. Muchas instituciones públicas han optado por remitir sus comunicaciones con la inclusión de estos códigos.⁶⁸ Por su naturaleza, conforme lo antes señalado, sirven para almacenar datos, aquellos que el creador del mismo quisiera proporcionar. Por ello, no podríamos afirmar que un documento con un código QR vincula al autor con el contenido

⁶⁴ Daniel Gutiérrez García, *Estudio de los Códigos QR* (E.T. en Telecomunicaciones especialidad telemática, Escola Universitària Politècnica de Mataró adscrita a la Universitat Politècnica de Catalunya, 2011), 3, <https://upcommons.upc.edu/bitstream/handle/2099.1/14407/PFC%20Daniel%20Guti%C3%A9rrez%20Garc%C3%ADa.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

⁶⁵ María Dolores Meneses Fernández et al., "Audiovisualización del papel. Usos del código QR para innovar en la industria periodística impresa", en *Innovar* 24, n. 1 Spe (1 de febrero de 2014): 67-80, doi:10.15446/innovar.v24n1spe.47547., 68

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Gutiérrez García, *Estudio de los Códigos QR*, 19.

⁶⁸ Por ejemplo, Ministerio de Trabajo, Fiscalía General del Estados, Consejo de la Judicatura, respecto a providencias judiciales, Agencia Nacional de Tránsito, por citar algunos.

del mismo o que serviría para identificar al creador del mismo, situación reservada, de momento, para la firma electrónica.

Por su parte, conforme lo hemos venido analizando, el código QR estará vinculado, necesariamente, al documento. Por ello, su práctica probatoria deberá acogerse a los lineamientos de la prueba documental que serán analizados más adelante.

5. Prueba electrónica

Por último, como un corolario de lo anterior, podemos señalar que la prueba electrónica es todo objeto producido por medios electrónicos que pueden llegar a ser incluidos en el proceso, teniendo como objetivo primordial demostrar un hecho o una declaración al juez.

En este punto, cabe preguntarse si la prueba electrónica tiene singularidad e independencia frente a la prueba tradicional o, en su defecto, si es similar y está recogida en estos. La doctrina, para responder a esta interrogante, ha desarrollado tres teorías al respecto: la teoría autonómica, la analógica y la denominada de equivalencia funcional.⁶⁹

La primera de ellas, como lo anuncia su nombre, señala que las pruebas electrónicas tienen independencia de los medios tradicionales y, según lo señala Abel Lluch, de la prueba documental. Montón Redondo, citado por Illán Fernández,⁷⁰ afirma que los “nuevos medios de prueba no se han encuadrado correctamente en la nueva norma procesal, su encaje debería haberse realizado en atención a su naturaleza...”

Abel Lluch no concuerda con esta teoría, dado que señala que el documento electrónico es, sencillamente, una nueva fuente de prueba, mas no un nuevo medio. Dice que, si bien el documento electrónico requiere de una nueva tecnicidad en su práctica, “no transmuta su naturaleza jurídica”,⁷¹ ya que ambos documentos son un objeto que representa un hecho o una declaración.

⁶⁹ Abel Lluch, *Derecho probatorio*, 958. En este mismo sentido, ver al mismo autor en *La prueba electrónica*, 107-113 y José María Illán Fernández, *La Prueba Electrónica*, 252-60.

⁷⁰ Montón Redondo, *Medios de reproducción de la imagen y el sonido. La prueba*, (CGPJ: Madrid, 2000), citado en Illán Fernández, *La prueba electrónica, eficacia y valoración en el proceso civil*, 252.

⁷¹ Abel Lluch et al., *La prueba electrónica*.

La teoría analógica considera que los medios tradicionales y los electrónicos son de naturaleza equiparable y que, en los nuevos medios, se ha reemplazado al soporte papel por el soporte digital.

Tanto Abel Lluch como Illán Fernández descartan esta teoría y por el mismo motivo, que es la valoración probatoria. Ambos autores concuerdan en que no resulta correcto que la prueba electrónica sea valorada conforme el entendimiento que el juez pueda llegar a tener sobre las modernas tecnologías y que, además, sea sometida al sistema de sana crítica como valoración, por cuanto no se puede penalizar la fuerza tasada de un documento electrónico por no estar en soporte papel.⁷²

Por último, la teoría de la equivalencia funcional sostiene que los documentos en soporte papel y en soporte electrónico surten los mismos efectos jurídicos. La ley de Comercio electrónico, en su artículo 2, señala: “Los mensajes de datos tendrán igual valor jurídico que los documentos escritos. Su eficacia, valoración y efectos se someterá al cumplimiento de lo establecido en esta ley y su reglamento.” Mariliana Rico,⁷³ en igual sentido, señala que el valor probatorio del documento electrónico (mensajes de datos) es el mismo que la ley otorga a los documentos escritos, por equiparación.

Entonces, la equivalencia funcional aplica el principio de no discriminación respecto de las declaraciones de voluntad, pues los efectos jurídicos que el emisor quiere dar a su declaración se producirán independientemente de si los hizo en soporte papel o soporte digital.⁷⁴

Sin embargo, esta equivalencia funcional tiene límites. Para que el medio electrónico sea valorado, debe cumplir con características de perdurabilidad e inalterabilidad. Al efecto, el soporte electrónico deberá cumplir los siguientes requisitos:⁷⁵

- I. Que siempre pueda ser legible mediante software y hardware;
- II. Que el documento emitido por el autor sea igual al recibido por el destinatario
- III. Que su conservación sea factible y que pueda ser recuperado

⁷² Al respecto ver Illán Fernández, *La prueba electrónica*, 253; y, Abel Lluch, *La prueba electrónica*, 110.

⁷³ Mariliana Rico Carrillo, “La Electronificación del Derecho Mercantil”, 101, en *Ética y jurisprudencia* n. 4/2005, accedido 13 de enero de 2019, http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RUVM/4/uvn_2005_4_71-107.pdf.

⁷⁴ Illán Fernández, *La prueba electrónica, eficacia y valoración en el proceso civil*, 254.

⁷⁵ *Ibid.*, 381-2.

- IV. Que pueda ser traducido a lenguaje natural
- V. Que se puedan identificar a los sujetos participantes del documento
- VI. Que la autoría pueda ser atribuida a determinada persona
- VII. Que el documento reúna las condiciones de autenticidad y fiabilidad, así como que las cumplan los sistemas de certificación o incorporación de firma electrónica
- VIII. Que el soporte en el que conste no llegue a influir en su fuerza valorativa y probatoria.

Por su parte, el Código Orgánico General de Procesos determina la manera en la que debe producirse la prueba documental en audiencia de juicio, en el artículo 196. El numeral tercero habla, específicamente, respecto a fotografías, grabaciones, elementos de prueba audiovisual, computacional o de cualquier otro carácter electrónico. Por ello, podemos concluir que nuestro Código de Procesos toma también la línea de la equivalencia funcional. Esta teoría, como lo sostiene Abel Lluch⁷⁶ y ha quedado expuesto, obliga a redefinir el concepto de documento,⁷⁷ a fin de que se consideren a todas las producciones electrónicas como documento.

6. Principios y requisitos de la prueba electrónica

La prueba electrónica, como toda prueba que se actúe en el proceso, debe cumplir con una serie de principios y requisitos para su aportación válida al proceso. Sin embargo, la especificidad y peculiaridad de este medio probatorio hace que, a más de los generales, requiera de requisitos propios para salvaguardar los derechos de las partes y que la aportación de las mismas al proceso sea válida. Analizaremos entonces estos requisitos, apoyados en lo señalado en el actual Código Orgánico General de Procesos.

⁷⁶ Abel Lluch et al., *La prueba electrónica*, 111.

⁷⁷ Al respecto, Alsina señala que la ley habla de prueba instrumental y prueba documental como sinónimas, cuando son conceptos distintos. Sin embargo, el propio autor no logra hacer una explicación clara respecto a las disonancias entre estos dos conceptos y, al contrario, implícitamente termina confundiendo estos conceptos. Al respecto, ver Hugo Alsina, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, segunda edición, vol. III Juicio Ordinario (Buenos Aires: Ediar Soc. Anon. Editores, 1961), 392-3.

6.1. Requisitos generales: conducencia, pertinencia, necesidad

Como exigencias generales intrínsecas,⁷⁸ señalaremos brevemente a la conducencia, pertinencia y necesidad de la prueba, que más que principios, son requisitos de la prueba y han sido recogidos en el Código Orgánico General de Procesos.⁷⁹ Al respecto, el artículo 160 determina que la prueba, para ser admitida al proceso, debe reunir dichos requisitos.

El propio Código señala que la conducencia radica en la capacidad del contenido específico y particular de la prueba para demostrar los hechos que se alegan en cada caso. Es decir, que las partes deben observar que el medio sea adecuado para lograr el cometido de demostrar el argumento de la parte, mismo que debe estar previsto y permitido en la ley. Al respecto, Devis Echandía⁸⁰ señala que la conducencia es una situación de derecho porque se trata de determinar si es factible la práctica y admisión de la prueba. A su vez, por pertinencia se entiende que el hecho debe ser relevante en la litis, debiendo desechar todos los medios de prueba que no sean importantes en el proceso.

Por otro lado, por necesidad de la prueba el Código se refiere a que esta debe ceñirse directa o indirectamente a los hechos o circunstancias controvertidos. Al respecto, Parra Quijano señala que la prueba es de vital importancia en el proceso, ya que sin ella la arbitrariedad sería la que prime en las resoluciones de los jueces;⁸¹ por ello la necesidad de la prueba, pues dichos fallos deben fundamentarse en hechos demostrados por pruebas aportadas por las partes, sin que le esté permitido al juez adoptar decisiones que no tengan esta base.⁸²

6.2. Requisitos específicos: test de admisibilidad

Como quedó señalado, la prueba electrónica ha traído una serie de modificaciones, expresas y tácitas, en el proceso. Una de las más relevantes está, justamente, en la imperiosa

⁷⁸ Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial* (Bogotá: Temis, 2002), 319 y siguientes. Siguiendo lo señalado por el autor, existen requisitos intrínsecos y extrínsecos de la prueba. Los primeros atados al medio y los segundos a las circunstancias que lo rodean. En este apartado hablaremos únicamente de los primeros.

⁷⁹ Al respecto ver los artículos 160, 161 y 162 del COGEP.

⁸⁰ Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, 340.

⁸¹ Jairo Parra Quijano, *Manual de derecho probatorio*. (Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2007), 73-4.

⁸² Enrique Falcón, *Tratado de la prueba*, 221-22. Este autor sigue los lineamientos de Devis Echandía para abordar este principio, en Devis Echandía, *Teoría General de la prueba judicial*, tomo I.

necesidad que tienen los juzgadores de asegurarse, por todos los medios posibles, de que la prueba electrónica que les ha sido aportada en un proceso sea auténtica, íntegra y lícita.

Pese a que el documento electrónico, en sentido general, brinda una serie de certezas también genera una serie de dudas, vinculadas a la manipulación que el documento pueda llegar a tener. Es cierto que los documentos físicos pueden también ser alterados, por lo que esta preocupación no debe ser única y exclusiva de los documentos electrónicos. Sin embargo, es cierto también que la facilidad de alteración de un documento electrónico es mucho más sencilla que la de un documento físico.

Por ello, es imprescindible que la prueba electrónica, a más de ser conducente, pertinente y necesaria, cumpla con los requisitos de autenticidad, integridad y licitud, conocido como el test de admisibilidad.⁸³

Por autenticidad se deberá entender que no exista disonancia respecto al autor del documento electrónico.⁸⁴ En este caso, como quedó señalado, la firma digital resulta ser un elemento primordial para lograr este cometido. El problema se suscita cuando el documento no cuenta con firma digital o, por su naturaleza, es imposible que la tenga, hecho que podría hacer dudar la autoría del mismo. Pero en este caso, le corresponde a la contraparte litigiosa quien debe impugnar, de manera sostenida y en el momento oportuno, sobre su autenticidad. Si la parte contra quien se pretende hacer valer esta prueba no objeta su veracidad sobre la autoría del documento, no le es permitido al juez hacerlo, quien únicamente deberá realizar el examen de los requisitos para admitir la prueba y valorarla en su momento.

Jeimy Cano⁸⁵ señala que la autenticidad es la característica de no alteración de los originales frente a las copias, que busca confirmar que los datos aportados sean reales. Esta característica se entiende como integridad del documento, que es la segunda instancia de este test. Respecto a los documentos electrónicos, resulta complejo poder diferenciar un documento original de una copia. Existe, sin duda, forma de hacerlo con los datos de tráfico,⁸⁶ dadas las características de estos documentos, en donde original y copia pueden ser exactos.

⁸³ Abel Lluch, *Derecho probatorio*, 941.

⁸⁴ *Ibid.*, 942.

⁸⁵ Jeimy Cano, “Admisibilidad de la evidencia digital: De los conceptos legales a las características técnicas”, Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia), ed., *Derecho de Internet & telecomunicaciones*, 1. ed, Literatura jurídica (Bogotá: Legis Editores, 2003), 185.

⁸⁶ Abel Lluch et al., *La prueba electrónica*, 135. El autor señala que se debe realizar una verificación cronológica, dado que el original será necesariamente anterior a la copia, y en función de los datos de tráfico,

Sobre este asunto, el Código Orgánico General de Procesos señala la eficacia probatoria documental, en su artículo 195. Para que la prueba documental- física y electrónica- sea eficaz, debe cumplir con el requisito de no ser defectuoso o diminuto; no estar alterado en una parte esencial y que no exista instancia o recurso pendiente sobre el punto que, con tales documentos, se intente probar. Asimismo, el mismo Código permite la presentación de prueba documental defectuosa, entendiendo esto como aquel documento que esté parcialmente destruido siempre y cuando contenga, de manera clara, la representación o declaración de un hecho o derecho alegado por quien lo presente.

Por último, está el requisito de licitud. Este es un requisito que no es exclusivo de la prueba electrónica, pues toda prueba que se obtenga violando algún derecho o libertades fundamentales, será rechazada de plano, pues carecerá de eficacia probatoria.⁸⁷ Entonces, la prueba electrónica no puede ser obtenida por medio ilícitos, ni transgrediendo derechos o libertades a alguna persona.

Abel Lluch⁸⁸ señala que, si bien la doctrina es mayoritaria en aceptar que toda prueba obtenida de manera ilícita o ilegal debe ser desechada por carecer de valor, existe una cierta rama de la doctrina que acepta la posibilidad de hacer valer pruebas obtenidas ilícitamente, pero aportadas de forma lícita, pues lo que se pretende es la búsqueda de la verdad y que esta prueba, en origen ilícita pero aportada debidamente al proceso, debe ser apreciada libremente por el juzgador.

Resulta interesante, en este punto, traer a colación una sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de España,⁸⁹ en donde dicha Sala desecha la demanda de casación planteada por un empleador que fue grabado en la vía pública, sin conocerlo y sin su consentimiento, por una trabajadora al ingreso del trabajo al momento en que el empleador

dado que los documentos conservan información relativa a la fecha de creación. Por su parte, este criterio no es compartido por Illán Fernández. Si bien el autor señala que el documento original será el que quede guardado en la memoria RAM del dispositivo, también dice, apoyado en criterios de la ciencia informática, que resulta irrelevante la distinción entre original o copia del documento electrónico, sino que lo relevante es asegurar la autoría e integridad del documento. Por ello, propone que se hable, siempre y en todo caso, de copias de documentos electrónicos, para obviar esta diferenciación. Illán Fernández, *La prueba electrónica*, 424,25.

⁸⁷ Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, artículo 76 numeral 4.

⁸⁸ Abel Lluch et al., *La prueba electrónica*, 85.

⁸⁹ España. Poder Judicial, Resolución del Recurso de Casación No. 3402/2012 <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7242881&statsQueryId=106118411&calledfrom=searchresults&links=%223402%2F2012%22&optimize=20150107&publicinterface=true>, visitado el 10 de abril de 2019.

entregaba una carta de despido o sanción, pues las partes habían tenido ya algún conflicto previo.

La Sala realizó un análisis en torno a dos derechos fundamentales, la intimidad personal y el secreto en las comunicaciones. Sobre el primero señaló que la conducta de la trabajadora no supuso intromisión ilegítima en la esfera del derecho a la intimidad personal del empleador, pues la conversación se dio entre las partes y porque lo tratado no puede entenderse como vinculado a la esfera privada e íntima del empleador. Si bien la Sala entiende y acepta la existencia de tal derecho en la órbita del trabajo, determinó que tal grabación no correspondía a una intromisión ilegítima del derecho a la intimidad del empleador, pues éste actuó como representante de la empresa y en ejercicio de facultades disciplinarias.

Sobre el derecho al secreto en las comunicaciones, la Sala fue contundente en señalar que la grabación de una conversación propia no es, de por sí, violatoria al derecho, dado que este resguardo de la comunicación se refiere a terceros, ajenos a la misma.

Entonces, el requisito de licitud y de integridad resultan ser de relativo cumplimiento, o al menos el precedente señalado lo hace ver de esta manera, en el caso de la licitud y la ley procesal así lo señala, en cuanto a la integridad, siempre que la parte pertinente no esté mutilada. Como siempre, será el juez quien, en cada caso, deba resolver estas cuestiones para la admisibilidad de la prueba electrónica.

Capítulo segundo

Herramientas tecnológicas y relación laboral

En este capítulo revisaremos las herramientas tecnológicas que las partes, especialmente los empleadores, han previsto utilizar en el ejercicio de la relación laboral. Es indiscutible que la relación de trabajo ha sido una de las áreas en donde más ha penetrado la tecnología, variando inclusive la misma ejecución del contrato de trabajo.

En este sentido, analizaremos algunos casos que se han presentado, así como los derechos que están envueltos en la relación laboral, más allá de aquellos básicos del Derecho Laboral como el indubio pro operario, la irrenunciabilidad, intangibilidad, primacía de la realidad, etc.

1. Herramientas tecnológicas en la relación de trabajo

En este apartado realizaremos una breve revisión de las herramientas tecnológicas que más utilización y aceptación tienen, actualmente, en la relación de trabajo. Esta revisión no significa que no existan, o puedan existir, otras herramientas, por lo que es un análisis ejemplificativo.

1.1. Internet

Sin lugar a dudas, internet es la herramienta comunicativa más utilizada en el actual mundo, y no solo en el ámbito laboral. Es tan importante la utilización de internet en la labor diaria, que muchas de las actividades y aparatos que los trabajadores necesitan para su trabajo, tienen como base el internet y, sin él, resultan casi inútiles.

Esta herramienta está presente en varios equipos, como teléfonos inteligentes y computadoras, servidores, aparatos de geo localización, etc.; y, muchas labores o puestos de trabajo lo requieren tanto como la luz eléctrica. De la utilización de internet se deriva la existencia de aplicaciones que permiten la realización de una actividad (Word, Excel, aplicaciones de medición de tiempos y facturación, sistemas contables y una larga lista de etcéteras).

El mayor problema que puede generar esta herramienta es su control. El empleador pone en manos del trabajador esta herramienta para la ejecución de su trabajo, cumpliendo con lo determinado en el numeral 8 del artículo 42 del Código del Trabajo. Se entiende, entonces, que esta herramienta debe ser utilizada, exclusivamente, en este contexto, pero resulta muy complicado mantener un control al respecto.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, con Sede en Santander,⁹⁰ declaró violatorio al derecho a la intimidad de un trabajador la utilización de un control de la computadora que utilizaba dicho trabajador, con un sistema de censo- segundo por segundo- de la navegación de internet en esa máquina. El Tribunal señaló que el empleador pueda utilizar nueva tecnología como instrumento de control de la actividad laboral, pero que no lo faculta a que su usanza pueda hacerse de manera omnímoda e indiscriminada.

Es necesario señalar que, en el antecedente del caso, se hizo constar que la computadora que utilizaba el trabajador le pertenecía al empleador; así como, que dicho control del tráfico de navegación de internet les fue anunciado a los trabajadores, con anterioridad a la ejecución de tal control y que, del informe de utilización de internet se verificó que el trabajador destinaba más de 4 horas al día para navegar en páginas que no tenían ningún tipo de vinculación con la labor que prestaba. Vale señalar que el trabajador acusó de ilícita a dicha prueba.

Entonces, el Tribunal sostuvo que en la ciber-vigilancia los límites del derecho a la intimidad deben operar en dos momentos distintos: uno al momento de recolectar los datos; y, posteriormente, al tratamiento y análisis de los mismos, pues “aunque la informática permite un control directo del comportamiento laboral del trabajador, el verdadero conocimiento sobre el comportamiento del trabajador no se obtiene sino mediante la recogida sistemática de datos, su almacenamiento y su posterior tratamiento.”⁹¹ Igualmente, el Tribunal menciona la sentencia de la Corte Constitucional española número 186/2000 que toma, como fundamento, entre otras, la sentencia 207/1996,⁹² misma que señala que

⁹⁰ España. Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria 18 de enero de 2007).

⁹¹ Ibid.

⁹² España. Tribunal Constitucional de España, Recurso de amparo 1789-1996, sentencia 207/1996, de 16 de diciembre, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 19 de 22 de enero de 1997. <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/3259>, visitado el 13 de abril de 2019.

cualquier restricción a un derecho fundamental deberá superar el juicio de proporcionalidad que consiste en evaluar la medida en virtud de tres condiciones:

- i. Juicio de idoneidad: Esto significa que la medida adoptada logre conseguir el objetivo propuesto;
- ii. Juicio de necesidad: quiere decir que la medida tomada sea, efectivamente, necesaria, en el sentido de que no exista otra menos gravosa para la consecución del objetivo propuesto;
- iii. Juicio de proporcionalidad propiamente dicho: entendido por éste que la medida sea equilibrada y cotejada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

Sobre esta perspectiva, el Tribunal señala que la medida adoptada por el empleador no fue necesaria y proporcional, debido a que el empleador obtuvo mucha más información personal del trabajador que la que fue previamente anunciada y, porque, las medidas para evitar la mala utilización de internet pudieron haber sido la aplicación de filtros, advertencias; en definitiva, medidas menos agresivas, situación que no sucedió en el caso.

Entonces, no se desconoce la posibilidad y facultad de vigilancia y control que le asiste al empleador, siempre que esta facultad observe estrictamente los derechos fundamentales de los trabajadores y dicha medida pase, exitosamente, el test de proporcionalidad señalado en la jurisprudencia.

Esta guía resulta interesante y de suma utilidad para poder determinar el alcance que pueda llegar a tener el control empresarial. En el Ecuador, por su parte, en materia laboral no existe norma o sentencia que permita o habilite este procedimiento, por ello la utilidad de la sentencia española. Sin embargo, la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional⁹³ establece, en su artículo 3 numeral 2 que, cuando existan contradicciones entre principios o normas, y estas no sean posibles de resolver por medio de las reglas de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Parecería claro determinar que, en los casos de control empresarial, donde las normas son escasas y conforme lo analizado, la mayor contradicción podría generarse en la aplicación de principios y derechos.

⁹³ Ecuador. *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Registro Oficial 52, Suplemento, 22 de octubre de 2009.

La norma citada aclara, para el efecto, que se deberá verificar que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional. Este es, entonces, el juicio de proporcionalidad que el juzgador deberá adoptar al momento de resolver una causa en la que el control empresarial pueda invadir algún derecho de los trabajadores.

La Corte Constitucional, en varias sentencias, ha desarrollado el juicio de proporcionalidad.⁹⁴ Como señala la norma citada y lo ha reiterado la Corte, se debe verificar, como primera acción, que la medida proteja un fin constitucionalmente válido. Superada esta etapa se iniciará con el examen de idoneidad, que se supera si se llega a determinar que la medida es eficaz para alcanzar el fin constitucionalmente protegido. El examen de necesidad, por su parte, es la verificación de si la medida adoptada es la menos restrictiva para los derechos de las personas, los trabajadores en el caso concreto que nos ocupa, sin perder su idoneidad. Por último, el examen de proporcionalidad propiamente dicho, al que se accederá luego de haber superado las instancias de idoneidad y necesidad, se concreta en el equilibrio entre la protección y restricción constitucional.

Como podemos apreciar, los criterios vertidos por el Tribunal español y la normativa y criterios de la Corte Constitucional ecuatoriana son similares y buscan, en la medida de lo adecuado, establecer una debida proporcionalidad en la adopción de medidas que puedan vulnerar derechos, situación que definitivamente es aplicable al derecho laboral y, específicamente, al control empresarial.

1.2. Documento informático

El documento informático es una especie de documento electrónico, y es aquel generado por medios informáticos o telemáticos o que, poseyendo un origen distinto, ha sido objeto de algún trato automatizado.⁹⁵ Los documentos informáticos son, por ejemplo, el correo electrónico, página web, mensajes de texto (sms) y por aplicaciones de mensajería instantánea, sin ser los únicos, pero sí los más utilizados.

⁹⁴ Por citar ejemplos: sentencia N.º 007-15-SCN-CC, caso N.º 0140-14-CN; dictamen N.º 008-15-DTI-CC, caso N.º 0008-15-TI; sentencia N.º 003-14-SIN-CC, caso N.º 0014-13-IN y acumulados N.º 0023-13-IN y 0028-13-IN.

⁹⁵ Abel Lluch et al., *La prueba electrónica*, 196.

El problema con este tipo de documentos, como quedó señalado, es la posibilidad de alteración que puedan llegar a tener. Cabe señalar que, además, por su naturaleza, son documentos que difícilmente cuentan con una firma electrónica certificada, lo que cerraría cualquier discusión sobre la autenticidad del documento.

Sin embargo, debe quedar plasmado el test de admisibilidad de la prueba electrónica, atada a los demás requisitos intrínsecos y extrínsecos de la prueba en general, hecho que coadyuvará a disipar cualquier duda. Al respecto, Jaime Martínez⁹⁶ haciendo un análisis de la eficacia jurídica de los mensajes de datos, señala que el valor probatorio está condicionado al cumplimiento de ciertos requisitos establecidos en la ley que son: (i) inteligibilidad, que no es otra cosa que el mensaje se lo pueda leer; (ii) forma, que significa que los mensajes se transmitan de forma electrónica; (iii) imputabilidad, que no es más que atribuirle su autoría a una persona determinada; (iv) accesibilidad, entendida como la capacidad de que el mensaje pueda ser consultado posteriormente; y, (v) conservación, entendido como la subsistencia del formato que generó, archivó y recibió el mensaje, sino como también de toda la información o dato que permita determinar su origen y destino.

Martínez, conforme lo anterior, realiza un análisis derivado del test de admisibilidad, estableciendo ciertos requisitos adicionales al mismo, pero olvidando uno de los más relevantes, como es el de licitud. Es lógico que el mensaje deba ser inteligible para ser presentado en el proceso, un mensaje aportado al proceso en lenguaje binario no servirá de elemento de convicción de primera mano para el juez. Lo mismo sucedería si el lenguaje del mensaje está en otro idioma que no sea el español. En ambos casos, se requerirá, previamente, del auxilio de peritos que traduzcan ese mensaje a lenguaje natural.

Ciertamente es indispensable que la parte que aporte esta prueba demuestre al juzgador de la causa el cumplimiento de este test de admisibilidad, y resulta imprescindible que la parte contra quien se pretende hacer valer dichos documentos los impugne en la forma y momento procesal adecuado. Una prueba que no ha sido impugnada en su veracidad o contenido, en base al principio dispositivo, debería ser aceptada al proceso, quedándole al

⁹⁶ Héctor Armando Jaime Martínez, “La prueba electrónica en el proceso laboral” en *Gaceta Laboral* vol. 21, n° 3 (Universidad de Zulia, 2 de febrero de 2016): 284, <http://www.produccioncientificaluz.org/index.php/gaceta/article/view/20904>.

juez, al realizar el test de admisibilidad, tener por auténtico el documento aportado, pues así lo determina el artículo 202 del Código Orgánico General de Procesos.⁹⁷

Así y con base a lo antes señalado, lo único que le estaría permitido al juez de la causa, para desechar un documento electrónico, es que el mismo no logre pasar el test de admisibilidad, en cuanto a la licitud de la prueba, siendo en este punto necesario que el juzgador la inadmita por alguna flagrante violación a algún derecho fundamental de la parte o por obtención ilegal.

1.3. Videograbación

Siguiendo la línea de pensamiento de Abel Lluch, la videograbación es un concepto general que recoge tanto las fotografías (grabación de imagen), como los registros de audio o las grabaciones de audio y video.⁹⁸ Cabe remarcar que es sobre este tipo de pruebas electrónicas que recaen, en gran medida, las objeciones respecto a la licitud de la prueba.

Como quedó señalado al finalizar el capítulo anterior, la prueba deberá pasar el test de admisibilidad, tantas veces señalado para que la misma sea practicada en juicio. Este test tiene como componente indispensable, justamente, la licitud. Por su parte, el empleador está enteramente facultado para utilizar, como mecanismo de control, toda la tecnología y medios de videograbación que considere necesarios, siempre y cuando estas medidas resguarden el respeto a los trabajadores y protegiendo la dignidad de los mismos.⁹⁹

Ahora, existe evidencia jurisprudencial que avala la obtención de una prueba *ilícita*, si esta es la única manera que tuviere una de las partes de probar sus asertos. Es importante recordar, en este punto, que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia¹⁰⁰

⁹⁷ Ecuador. *Código Orgánico General de Procesos*. Artículo 202: Los documentos producidos electrónicamente con sus respectivos anexos, serán considerados originales para todos los efectos legales. Las reproducciones digitalizadas o escaneadas de documentos públicos o privados que se agreguen al expediente electrónico tienen la misma fuerza probatoria del original. Los documentos originales escaneados, serán conservados por la o el titular y presentados en la audiencia de juicio o cuando la o el juzgador lo solicite.

Podrá admitirse como medio de prueba todo contenido digital conforme con las normas de este Código.

⁹⁸ Abel Lluch et al., *La prueba electrónica*, 209.

⁹⁹ España. *Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Boletín Oficial del Estado número 255, de 24 de octubre de 2015, s. f., 87.

¹⁰⁰ Ecuador. *Código Orgánico de la Función Judicial*. Registro Oficial No. 544, Suplemento, 9 de marzo de 2009, artículo 18.

y que, en virtud de lograr este alto deber, puede darse el caso, de manera excepcional, se acepte en el proceso una prueba de este tipo.

Es por ello que el Tribunal Constitucional español ha marcado un camino de procedimiento a través del juicio de proporcionalidad, que quedó señalado. Esta línea jurisprudencial deja una doctrina fundamental para poder incorporar alguna prueba obtenida de manera denominada “ilícita” que, a nuestro entender y para el caso que nos ocupa, puede ser de mucha utilidad para descubrir la verdad de los hechos. En muchos casos los trabajadores se ven sometidos a una serie de situaciones y, posiblemente para lograr el reconocimiento de sus derechos, debieran recurrir a este tipo de acciones, como una grabación sin que el superior conozca este hecho.

La videograbación, entonces, resulta ser una de las herramientas más importantes para realizar un control de las actividades laborales de los empleados, en donde quedarán registrados aspectos del diario convivir laboral e inclusive personal. Es por ello que este tipo de medios deben quedar perfectamente regulados a fin de evitar abusos.

1.4. Localización GPS

Al respecto, la tecnología de sistema de posicionamiento global (GPS por sus siglas en inglés) es una herramienta tecnológica muy utilizada por los empleadores, especialmente cuando su giro de negocio, en todo o en parte, tiene que ver con ventas. En tal sentido, por medio de estos sistemas GPS se generan datos del trabajador, sobre todo, respecto los lugares en los que estuvo, el tiempo de permanencia en cada sitio, etc. que, sin duda, pueden tener también una connotación de personales y privados.

En este tipo de herramientas también se observa la problemática de colisión de derechos del trabajador, especialmente respecto a su intimidad. Resulta necesario, entonces, que las medidas adoptadas por el empleador, en uso de sus atribuciones de control empresarial, haga conocer a los trabajadores sobre la utilización y el alcance de estas aplicaciones o dispositivos, los datos que se llegan a generar, el uso que se dará a esa información, los horarios en los que el empleador podrá hacer uso de dichas herramientas y demás información pertinente para salvaguardar los derechos de las personas trabajadoras.

El Tribunal Supremo de España, de manera indirecta, avala los datos obtenidos a través del GPS instalado en un vehículo, que sirvieron de base para el despido disciplinario

de un trabajador.¹⁰¹ En el caso, el empleador despide a un trabajador con grado de inspector cuando verifica, por medio del GPS del vehículo que utilizaba, que se encontraba en numerosas ocasiones fuera de su zona de trabajo. El Tribunal acepta esta prueba en virtud de que el empleado tenía conocimiento de la presencia de ese dispositivo, ya que era utilizado para controlar al resto de los trabajadores que el inspector tenía a su cargo. El trabajador asumió que, por su calidad de inspector, no podía ser controlado.

El caso analizado es interesante, ya que mantiene la línea establecida jurisprudencialmente con los videos de vigilancia. En tanto y en cuanto los trabajadores conozcan de la existencia de estas herramientas y que el fruto de la información registrada por los mismos va a ser utilizada para el control de su trabajo, son plenamente válidas y lícitas. Cabe decir que, cualquier desviación a lo anterior, generará la ilicitud de la prueba. Consideramos que esta es la vía a seguir en el Ecuador, en donde estos medios deberían regularse contractualmente o por medio del reglamento interno de trabajo. Estos instrumentos permitirán el desarrollo de objetivos, alcances y limitaciones, tanto en la utilización de las herramientas tecnológicas entregadas por el empleador, como del control empresarial. Aquí se plasmarán, entonces, todas las especificaciones necesarias para la convivencia laboral con la utilización de estos equipos. El primero, desde el nacimiento mismo de la relación laboral, y el segundo una vez nacida con la incorporación de estas normas en el reglamento que es un instrumento que, si bien lo desarrolla el empleador, es previamente revisado y avalado por la Dirección Regional del Trabajo.¹⁰²

1.5. Teletrabajo

Si bien el teletrabajo no es, per se, una herramienta o equipo entregado por el empleador para el desempeño de las funciones del trabajador, si es una modalidad contractual que permite al empleado prestar sus servicios fuera del centro de trabajo.

El teletrabajo, como tal, se conoce como la forma de organizar y realizar el trabajo a distancia mediante la utilización de las tecnologías de la información en el domicilio del

¹⁰¹ España. Tribunal Supremo, Sala Cuarta de lo Social, Auto de 19 de julio de 2018, Recurso No. 3945/2017.

¹⁰² Ecuador. *Código del Trabajo*, Registro Oficial 167, Suplemento, 16 de diciembre de 2005, artículo 64.

trabajador o sitios o establecimientos extraños al empleador.¹⁰³ En igual sentido, el Acuerdo Ministerial 190-2016 define al teletrabajo como “una forma de prestación de servicios de carácter no presencial en jornadas ordinarias y especiales de trabajo a través de la cuales el trabajador/a realiza sus actividades fuera de las instalaciones del empleador, siempre que las necesidades y naturaleza del trabajo lo permitan, haciendo uso de las tecnologías de la información y comunicación (TIC), tanto para su gestión como para su administración y control.”¹⁰⁴

Así, de las definiciones antes propuestas, es indispensable para el desarrollo del teletrabajo la utilización de herramientas tecnológicas. Podemos decir, sin temor a equivocarnos, que el teletrabajo nace, justamente, como consecuencia del desarrollo tecnológico. Sin embargo, en esta modalidad contractual se presentan una serie de problemas que deben ser también, en la medida de lo posible, previstos, controlados y resueltos.

Respecto al control empresarial, la norma dictada por el Ministerio de Trabajo señala, por ejemplo, que las partes acordarán todas las cuestiones relativas a los equipos de trabajo, a la responsabilidad y a los costos, pues deben plasmarse en el contrato de teletrabajo, antes de iniciar el mismo. Si los equipos son provistos por el empleador, el teletrabajador deberá cuidar los mismos, así como el material facilitado por el empleador, “utilizándolos exclusivamente en las actividades propias de su trabajo; no recogerá ni difundirá material ilícito vía internet; y los equipos serán de uso exclusivo de la persona teletrabajadora”¹⁰⁵

Pese a que la propia normativa fija los límites de utilización de los equipos entregados por el empleador, nada dice sobre las facultades de control empresarial. Partamos del hecho de que los dispositivos no están en el centro de labores del empleador, por lo que su control, en este sentido, podría ser difuso. Pero consideramos que en esta modalidad contractual es donde se plasmarán, de con mayor facilidad, los lineamientos jurisprudenciales que analizamos líneas arriba. Así, la propia normativa obliga a que los asuntos relativos al

¹⁰³ International Labour Office et al., *Manual de buenas prácticas en teletrabajo* (Buenos Aires: OIT, 2011), 11, visitado el 23 de septiembre de 2019 en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-buenos-aires/documents/publication/wcms_bai_pub_143.pdf. El manual desarrollado señala varias definiciones de teletrabajo que, si bien no son similares, tienen por sentado que el teletrabajo es la prestación del servicio fuera de las instalaciones del empleador.

¹⁰⁴ Ecuador. Ministerio de Trabajo, *Acuerdo Ministerial MDT-2016-190*, Registro Oficial Segundo Suplemento 825, de 24 de agosto de 2016. Este Acuerdo plasma una serie de requisitos para la implementación del teletrabajo.

¹⁰⁵ Ecuador, Ministerio de Trabajo, *Acuerdo Ministerial No. MDT-2016-190*, artículo 10.

equipamiento de trabajo sean definidos en el contrato de teletrabajo, por lo que ya el trabajador conocerá de antemano estos usos y límites. Por si ello no bastara, conforme el artículo 10 citado, si el empleador provee los equipos deberán ser utilizados únicamente para las actividades de trabajo. De otra parte, si el empleador requiere hacer un control sobre sus equipos deberá notificar a la persona teletrabajadora para que entregue la misma, por lo que existirá la anticipación debida y, al menos debería plasmarse, una justificación para hacerlo y el señalamiento de los límites de ese control.

Entonces, lo que en principio parece problemático, que lo es, recogería en la práctica todas las previsiones y límites que la jurisprudencia nos ha señalado para evitar abusos. Esto, lógicamente, respecto a los equipos entregados por el empleador. En el supuesto contrario, en que los equipos le pertenecen al empleador, la normativa nada dice sobre la utilización de los mismos, pues es lógico que pueda hacerse un uso personal de los mismos. Sin embargo, es en este supuesto donde más problemas se podrán enfrentar al momento de los controles empresariales. Parecería que no existe discusión en que los equipos personales no puedan ser revisados, pero debemos partir del hecho de que en esos dispositivos existe información que es, o puede ser, de propiedad exclusiva del empleador o que éste esté obligado a custodiar y cuidar, lo que podría abrir la puerta de un control, al menos de ella. Entonces, es en este escenario donde los límites se ven con menos claridad y donde, posiblemente, puedan existir mayores restricciones al control empresarial, por lo que se deberán tomar mayores precauciones, como realizar el control frente al trabajador, lo que podría ser una medida de resguarde los derechos de las partes.

2. Prueba de la relación laboral por medios tecnológicos

Es conocido que la existencia de la relación laboral se basa en la existencia de tres componentes indispensables, conforme al artículo 8 del Código del Trabajo vigente; a saber (i) prestación de servicios lícitos y personales; (ii) remuneración por ese servicio; y, (iii) relación de dependencia. Como lo señala Robalino Bolle, el contrato de trabajo es la misma

relación de trabajo,¹⁰⁶ por lo que los requisitos antes señalados son indispensables para la existencia de uno y otro.

Resulta relevante señalar que el elemento sustancial de la relación laboral es la relación de dependencia, misma que no ha sido definida exactamente en la norma. La pregunta recurrente en este sentido es ¿de qué clase de dependencia se trata? Vela Monsalve hace un análisis de los varios tipos de dependencia existentes, como la técnica- industrial, la económica, administrativa, disciplinaria y jurídica.¹⁰⁷ Llegando a la conclusión, a la que también ha llegado la actual Corte Nacional de Justicia, de que la dependencia más importante es la jurídica, entendiendo aquella como la nacida del contrato en virtud de la cual el trabajador se obliga a prestar sus servicios o ejecutar una obra bajo la subordinación del empleador que, en virtud de esta relación, obtiene el derecho de impartir órdenes y de dirigir su trabajo.¹⁰⁸

Este breve antecedente resulta necesario pues la prueba de la existencia de la relación, y contrato de trabajo, debe centrarse en demostrar la existencia de la subordinación o dependencia, sin descuidar, lógicamente, los otros dos elementos.

Entonces, en un proceso laboral, negada la existencia de dicha relación, ¿podría la misma probarse mediante un correo electrónico, una publicación en una página web o a través de un mensaje de texto u otras herramientas tecnológicas? La respuesta es afirmativa, sin duda. Estos documentos sirven justamente para ello, documentar un hecho o una declaración, como ha quedado señalado en el capítulo anterior. Así, este documento debe contener expresiones o referencias claras sobre la existencia de una subordinación o dependencia jurídica para lograr su cometido. Claro está, estos documentos deberán ser auténticos, íntegros y lícitos para ser admitidos dentro de un proceso judicial, conforme al test de admisibilidad señalado.

¹⁰⁶ Isabel Robalino Bolle, *Manual de derecho del trabajo*, 2. ed (Quito: Fundación Antonio Quevedo, 1998), 123.

¹⁰⁷ Carlos Vela Monsalve, *Derecho Ecuatoriano del Trabajo* (Quito, Ecuador: La Unión Católica, C.A., s. f.), 214, 215.

¹⁰⁸ Ecuador. Corte Nacional de Justicia, Resolución del Recurso de Casación del juicio Laboral Juicio Laboral N°- 902-2011, <http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/laboral/2013mj/R327-2013-J902-2011.pdf>, visitado el 13 de abril de 2019.

3. Control empresarial

Las mejoras tecnológicas utilizadas en la relación laboral sirven, principalmente como herramienta de control empresarial. Si bien estas herramientas flexibilizan la comunicación, permiten una interacción mayor entre compañeros de trabajo, también plantean riesgos, como los que quedaron anotados.

Pasa también, con frecuencia, que los trabajadores utilizan sus redes sociales para compartir asuntos de su mundo laboral, cuelgan fotos, hacen consultas, requieren ayuda, solicitan recomendaciones, y demás. Muchas veces estas interacciones en redes sociales se las hace en el tiempo de trabajo, otras veces fuera de dicho horario. Por lo que, sin duda, estamos frente a un escenario donde lo público y lo privado, entre lo personal y lo laboral, se disuelve,¹⁰⁹ lo que podría generar, y genera, varios inconvenientes.

Ahora bien, un aspecto importante a considerar, como lo señala Mónica Arenas,¹¹⁰ es el relativo al consentimiento. Cuando una persona abre una red social, acepta de antemano todas las políticas de privacidad y otros términos para el uso de dicha red. El consentimiento dado se entiende que es: (i) libre, entendido como aquel sin coacción o temor; (ii) informado, previamente sobre los riesgos y ventajas del uso de la red social; (iii) específico, entendido como la autorización de datos de una manera determinada, única y de la que el usuario está consiente; (iv) inequívoco, que no deje ninguna duda de su otorgamiento y alcance; (v) previo, el momento en que el usuario debe conocer todas las implicaciones del uso de sus datos debe ser antes de que dicho uso se dé; y, (vi) revocable, entendida como la facultad del usurario de retirar el consentimiento, en todo o en parte, otorgado.

Es la utilización de este tipo de redes sociales que, en algunos casos, ha permitido al empleador el control disciplinario sobre sus trabajadores. Supongamos un caso en que un trabajador coloque en su red social un insulto hacia su empleador o jefe. Conforme al actual artículo 172 del Código del Trabajo, el empleador estaría facultado para iniciar un

¹⁰⁹ María Belén Cardona Rubert, “Redes Sociales en el Contrato de Trabajo”, en Artemi Rallo Lombarte y Ricard Martínez Martínez ed., *Derecho y redes sociales*, (Cizur Menor Navarra: Aranzandi, 2013), 293.

¹¹⁰ Mónica Arenas Ramiro, “La validez del Consentimiento en las Redes Sociales On Line”, en Artemi Rallo Lombarte y Ricard Martínez Martínez ed., *Derecho y redes sociales*, 167-79.

procedimiento de visto bueno por injuria.¹¹¹ La demostración de esta injuria podría venir, perfectamente, de la reproducción del insulto o injuria laboral en dicha red social. Como este hipotético caso, existen varios ejemplos reales citados por Cardona Rubert.¹¹² Entonces, las redes sociales y el contrato de trabajo resultan estar íntimamente vinculados y el control del empleador puede llegar, inclusive, hasta dichas esferas.

Por otra parte, está la facultad de dirección del empleador, que nace justamente de la relación de subordinación de sus empleados a éste. Esta facultad de dirección y control implica una serie de derechos y facultades indispensables para el funcionamiento de una empresa o centro de trabajo, entre las que constan la organización administrativa, la facultad disciplinaria y una facultad de reglamentación interna,¹¹³ que se traducen, simplemente, en la capacidad del empleador de dar órdenes y la obligación jurídica de los empleados de obedecerlas, así como la correspondiente sanción por dicho incumplimiento.

Y es en uso de estas facultades que el consentimiento de los trabajadores, en algunos casos, también se ve limitado, aunque no desaparece del todo. El contrato de trabajo y el reglamento interno de trabajo son documentos elaborados por el empleador, en base a sus necesidades y sobre las cuales los trabajadores no tienen posibilidad alguna de modificarlos. Son, básicamente, acuerdos por adhesión, pero ambos son regulados por la autoridad administrativa del caso, por lo que no son documentos arbitrarios

¹¹¹ Cabe señalar que la injuria laboral tiene un concepto mucho más amplio que la injuria penal que, además, dejó de ser un delito desde la expedición del Código Orgánico Integral Penal. Sobre este asunto, la ex Corte Suprema de Justicia emitió sentencias que señalan, justamente, aquello. La Segunda Sala de lo Laboral y Social, emitió la sentencia No. 51-97, publicada en Registro Oficial No. 132, de 18 de agosto de 1997, en donde señala que *“bien podrían ciertas conductas entrañar injuria suficiente para dar por terminado el contrato de trabajo, aunque no se configure delito alguno, porque no se trata de aplicar una pena, sino de examinar si una de las partes ha ofendido de tal modo a la otra que se ha quebrantado el clima de colaboración mínima entre ellas, al punto de resultar imposible la continuación de la relación laboral sin menoscabo de la dignidad personal del ofendido.”* En tal sentido, la injuria laboral es, más bien, el quebrantamiento de la confianza en la relación de trabajo, que no necesariamente tiene tinte de delito.

¹¹² Rallo Lombarte y Martínez Martínez ed., *Derecho y redes sociales*, 293. La autora cita, por ejemplo, el caso de una trabajadora que tuvo permiso médico por enfermedad, pero subió fotos en la playa en su Facebook, en el mismo tiempo que adujo estar enferma.

¹¹³ Néstor de Buen L. y Emilio Morgado Valenzuela, eds., *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, 1. ed, Serie G--Estudios doctrinales, núm. 188 (México, DF: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social : Universidad Nacional Autónoma de México, 1997), 405-9.

3.1. Reglamento interno de trabajo

El reglamento interno de trabajo es un cuerpo normativo cuyas disposiciones se incorporan al contrato de trabajo. Tiene su fundamento en el poder reglamentario del empleador y sirve para determinar la forma de realizar las distintas tareas, organización del trabajo, conductas a asumir y conductas prohibidas a los trabajadores e, inclusive, para determinar sanciones y multas económicas.¹¹⁴

Las disposiciones del reglamento interno de trabajo son de obligatorio cumplimiento, tanto para el empleador¹¹⁵ como para los trabajadores¹¹⁶ y, al ser un cuerpo normativo, su ignorancia no exime de responsabilidad, conforme lo señalado en el Código Civil.

Este es, entonces, el documento mediante el cual los empleadores tienen la facultad de disponer la forma de trabajo y, principalmente, de determinar ciertas conductas de los trabajadores, prohibiéndolas o exigiéndolas. Este documento, como se señaló anteriormente, no es arbitrario, pues debe ser puesto a consideración y aprobación del Director Regional del Trabajo quien, además, tiene la facultad de reformar los reglamentos que hayan sido aprobados en su jurisdicción, conforme al artículo 64 del Código del Trabajo.

Esta norma señala, además, que cualquier disposición que no haya sido aprobada por el Director Regional del Trabajo no tendrá efecto alguno, en todo lo que perjudiquen a los trabajadores, especialmente en lo referente a multas. Es claro que este instrumento no puede contener normas violatorias o que menoscaben los derechos de los trabajadores, así como tampoco puede contener normas que transgredan derechos fundamentales de la persona, que violen la constitución o la ley.

Así las cosas, el reglamento resulta ser un instrumento para que el empleador pueda desarrollar ciertas disposiciones no previstas en el contrato de trabajo, pero que se deriven naturalmente de la relación de trabajo existente. Por tanto, es posible regular la utilización de herramientas tecnológicas en la relación de trabajo, su control, vigilancia y forma de utilización, siempre que estas normas respeten los derechos de los trabajadores.

¹¹⁴ Julio Armando Grisolia, *Manual de Derecho Laboral*, Sexta edición ampliada y actualizada (Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010), 221.

¹¹⁵ Ecuador. *Código del Trabajo*, artículo 42.12.

¹¹⁶ Ecuador. *Código del Trabajo*, artículo 45 letra e).

3.2. Contrato individual de trabajo y otros documentos internos

El contrato de trabajo es, sin duda, el origen de todas las obligaciones existentes entre las partes, pues plasma las condiciones para el nacimiento de la relación laboral que están determinadas en el artículo 8 del Código del Trabajo, como quedó ya señalado.

Este contrato debe cumplir, lógicamente, con los requisitos de existencia y validez de todos los contratos, para que tenga plena exigencia, no solo entre las partes, sino de ellas hacia el Estado. La naturaleza o características de este contrato son:¹¹⁷

- Consensual: se perfecciona con el mero acuerdo de las partes
- No formal: no está sujeto al cumplimiento de ninguna formalidad, tanto que inclusive puede ser verbal.
- Intuitu personae: es personalísimo respecto del trabajador. La contratación se la hace en virtud de las condiciones y características de la persona trabajadora.
- Oneroso: tiene un contenido y valor monetario
- De tracto sucesivo: se desarrolla por prestaciones constantes y repetidas
- Principal: no requiere de la existencia de otro contrato para subsistir.
- Sinalagmático: las contraprestaciones de las partes son recíprocas
- Típico: está previsto expresamente en la ley.

Si bien el contrato contiene todas estas condiciones, que son parte de su naturaleza, no se señala que sea convencional, en el sentido de que las partes puedan discutir el alcance de las disposiciones contractuales, sino que las mismas vienen preestablecidas y diseñadas por el empleador, en base a sus necesidades. Es más, tan cierto es esto, que actualmente ni siquiera el empleador puede diseñar su contrato, sino que el Ministerio de Trabajo lo hace por las partes y ha establecido el formato de contrato.

Así, en el contrato también se podría establecer la necesidad que tiene el empleador respecto a que el trabajador utilice ciertas herramientas tecnológicas para el control de su trabajo. Es lógico señalar, también, que el contrato de trabajo es de obligatorio cumplimiento para las partes, por lo que todas sus disposiciones deben ser acatadas.

¹¹⁷ Graciela Monesterolo Lencioni. *Instituciones de Derecho Laboral Individual*. Tercera Edición, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010), 90.

Por otra parte, la comunicación entre empleador y trabajador puede darse, también mediante otras formas; y, la disposición de utilización de herramientas tecnológicas en el trabajo, así como los resultados que se obtenga de los datos que arrojen dichas herramientas, bien podrían establecerse en otros documentos internos. Por ejemplo, el empleador podría establecer una política interna al respecto, en donde se plasmen los procedimientos y modos de empleo, por ejemplo, del control de acceso, teléfono celular, computadora, aplicación de ubicación satelital, escáner, impresoras y demás. Por medio de este documento se puede instrumentar, justamente, este tipo de situaciones y señalar el alcance de las mismas. Este documento tendría un alcance general.

Otro documento que puede ser utilizado es un memo interno, que cumpla con el mismo propósito. Este instrumento, contrario al anterior, podría tener un alcance más bien directo, para cierta parte del personal, tanto como para ciertas personas dentro de un mismo grupo de trabajo, si las circunstancias así lo permiten. Más allá de la nomenclatura que llegare a tener el documento interno, es importante señalar que cabría, plenamente, la posibilidad de que por este medio se plasmen las instrucciones para la utilización de las herramientas tecnológicas que el empleador ha dispuesto, siendo estos documentos un complemento a las disposiciones del contrato y reglamento y, además, conteniendo una disposición de uso, por lo que también resultan de cumplimiento obligatorio.

4. ¿Qué derechos fundamentales podrían verse afectados por la utilización de estas herramientas?

Resulta indispensable analizar los derechos fundamentales que pudieran verse afectados por la utilización de herramientas tecnológicas en el trabajo. Es importante partir del hecho de que, conforme a la línea de estudio, los datos e información que requieran ser introducidos y utilizados en un proceso judicial deben cumplir con ciertos requisitos, conforme lo analizado en el capítulo anterior, por lo que no solo resulta necesario verificar que la prueba electrónica sea lícita y que cumpla con el test de admisibilidad, sin que no violente derechos fundamentales de los trabajadores y, en el caso de restringirlos, que esta restricción cuente con un marco que permita que esa prueba no fuere rechazada.

Si bien líneas arriba revisamos brevemente algunos derechos que se han visto afectados en ciertos casos, es necesario profundizar este análisis. Para ello, es preciso señalar que los derechos humanos están- y deben estar- presentes en la ejecución del contrato de trabajo. Que dichos derechos no se ven excluidos de dicha relación pues el trabajador es una persona.

Así, entendemos a los derechos fundamentales como prerrogativas de garantía frente al Estado y al resto de particulares,¹¹⁸ para quien estas potestades se convierten en una obligación coactiva; sin embargo, estos derechos tienen una eficacia pluridimensional es decir, que permiten su oposición a terceras personas, no solo públicas, sino también en el ámbito privado, de las cuales las relaciones laborales no pueden escapar,¹¹⁹ como quedó anotado.

Existe, por tanto, una estrecha vinculación entre las nuevas tecnologías de la información y los derechos y libertades fundamentales de los seres humanos, por lo que existe la necesidad de establecer ciertos límites a las conductas que las personas realizan en redes sociales, con el fin de proteger bienes mayores como el orden público, las buenas costumbres, la libertad de expresión, el derecho a la intimidad, a la honra, a la imagen, a la réplica y demás.¹²⁰

La Constitución de la República determina, en su artículo 66, una serie de derechos de libertad, como ha sido denominado. El numeral 6 habla sobre el derecho a opinar y expresar el pensamiento libremente; por su parte el numeral 19 garantiza la protección de datos personales; y, el numeral 20 garantiza el derecho a la intimidad, entre otros, todos ellos derechos que podrían verse limitados de una forma u otra, por la utilización de herramientas tecnológicas en la relación laboral. Estos derechos, a decir de Palomeque y Álvarez, citados

¹¹⁸ Tulio Elí Chinchilla Herrera, *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* (Santafé de Bogotá: Editorial Temis, 1999), 23. Al respecto, el autor razona señalado que los derechos fundamentales solo germinalmente postulan deberes y obligaciones a los demás, pero que en sí mismos no prescriben conducta específica alguna, pues la correlación obligacional es difusa, por lo que el operador jurídico está llamado a formar, de manera creativa, deberes positivos y negativos al Estado y a los particulares.

¹¹⁹ Adrián Calderón Chacón, "Derechos fundamentales y relaciones de empleo", en *Revista Espiga* 14, n.º 30 (29 de septiembre de 2015): 37, doi:10.22458/re.v14i30.928.

¹²⁰ Laura Coronado Contreras, "La libertad de expresión en las redes sociales" en Pampillo Baliño y Munive Páez coord., *Obra jurídica enciclopédica*, vol. Derecho Informático e Informática Jurídica:133.

por Calderón Chacón,¹²¹ son derechos laborales inespecíficos, que pertenecen a todas las personas por su condición de tales y que, por su relación de trabajo, se convierten también en laborales.

4.1. Derecho a la libertad de expresión

Como quedó señalado, es una obligación del Estado garantizar el derecho a la libertad de expresión de todas las personas y en todos los ámbitos. En palabras de Laura Coronado,¹²² la libertad de expresión es indispensable para la realización personal, como para el desarrollo del ciudadano, y beneficia tanto a la persona como a la sociedad, quien se nutre del constante avance de sus miembros.

Es importante iniciar señalando que el mundo, y particularmente nuestro país, se encuentra en constante búsqueda de regular las actividades de las personas en redes sociales.¹²³ A 2019 se estima que dos mil doscientos millones de personas, aproximadamente, tienen una cuenta de Facebook,¹²⁴ lo que significa, en promedio, que el 30% de la población mundial tiene una cuenta en dicha red. Por ello, la magnitud del alcance de un dato o información pretende ser regulada.

La comunidad laboral tiene actualmente un sinnúmero de interacciones y plazas para hacerlo, gracias justamente a las redes sociales. Éstas han dado voz a las minorías, quienes de otra forma no podrían expresarse ni dar a conocer su pensamiento. Cabe, sin embargo, preguntarse si este derecho es omnímodo o si, por el contrario, puede ser regulado y restringido en las relaciones laborales.

En este sentido, varios aspectos deben ser revisados en este apartado, para visualizar la necesidad de regular las declaraciones de los trabajadores en sus redes sociales. El primero

¹²¹ Manuel Carlos Palomeque y Manuel Álvarez. *Derecho del trabajo*. (Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2002), citado en Adrián Calderón Chacón, *Derechos fundamentales y relaciones de empleo*, 34.

¹²² Laura Coronado Contreras, “La libertad de expresión en las redes sociales”, 135.

¹²³ En el mes de febrero de 2019, el Asambleísta Daniel Mendoza, de la bancada AP, presentó un Proyecto de Ley Orgánica del Uso Responsable de Redes Sociales que, en síntesis, plantea regular las actividades de los usuarios en redes sociales que difundan noticias falsas, discursos de odio y privacidad de datos. Un proyecto de ley similar, que busca regular el uso de las redes sociales fue presentado por el ex Presidente Correa a la Asamblea, misma que no ha sido calificada aún.

¹²⁴ Datos tomados de <https://www.trecebits.com/2019/01/31/facebook-ya-tiene-2-320-millones-de-usuarios/>, que estima 2.320 millones de usuario; y, <https://marketing4ecommerce.net/cuales-redes-sociales-con-mas-usuarios-mundo-2019-top/> que estima 2.271 millones de usuarios de esa red social. Páginas visitadas el 27 de mayo de 2019 y 19 de junio de 2019, respectivamente.

de ellos es el de la injuria laboral, que fue señalado anteriormente.¹²⁵ Dado que en materia laboral, injuria refiere a cualquier término que rompa la confianza laboral, cualquier expresión que los trabajadores realicen en redes sociales, facultaría al empleador a poder iniciar un proceso de visto bueno en este sentido para terminar la relación laboral.

Por ejemplo, en 2008 la compañía Virgin Atlantic despidió a 13 tripulantes y auxiliares de cabina por mensajes inapropiados publicados en un grupo de Facebook.¹²⁶ Los trabajadores habrían dicho en dicha red social que los pasajeros eran de bajo nivel y que los aviones estaban llenos de cucarachas, además hicieron bromas respecto al estado de los motores de una aeronave. Un portavoz de la aerolínea señaló que esta conducta es inaceptable, pues la compañía- que actualmente es una de las más grandes del mundo- se caracteriza por su alto servicio a los clientes.

En España, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con Sede en Málaga,¹²⁷ ratificó una carta de despido disciplinario a un trabajador, motivada en expresiones vertidas en su red social Facebook. En el caso, el trabajador profirió ofensas verbales graves y amenazas, todas ellas vinculadas estrechamente a su actividad laboral. Si bien la alegación del trabajador fue que estas expresiones son de carácter privado, el Tribunal desestimó esta alegación, pues no solo los compañeros de trabajo tuvieron acceso a dicha publicación, sino un representante de la compañía, al enterarse de los mismos, quien ingresó a Facebook e imprimió dicha publicación, por lo que la misma fue pública y direccionada al personal de la empresa.

Un caso adicional que permitirá vislumbrar esta posibilidad, es el acoso laboral por medio de redes sociales, o cyberbullying en el trabajo. De acuerdo con el Código del Trabajo debe entenderse por acoso laboral todo comportamiento atentatorio a la dignidad de la persona, ejercido de forma reiterada, y potencialmente lesivo, cometido en el lugar de trabajo o en cualquier momento en contra de una de las partes de la relación laboral o entre trabajadores, que tenga como resultado para la persona afectada su menoscabo, maltrato, humillación, o bien que amenace o perjudique su situación laboral.

¹²⁵ Ver numeral 2.3. sobre el control empresarial.

¹²⁶ The Guardian, *Virgin sacks 13 over Facebook 'chav' remarks*, accedido el 27 de mayo de 2019 <https://www.theguardian.com/business/2008/nov/01/virgin-atlantic-facebook>.

¹²⁷ España. Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga, Resolución No. 817/2014, 22 de mayo de 2014.

Esta definición legal no señala límites en cuanto a la forma de acoso, por lo que este puede ser físico, verbal o cibernético, sin problema. Una de las obligaciones de los empleadores es investigar cualquier denuncia de acoso, conforme a la misma ley. Entonces, circular burlas, memes, rumores y demás en redes sociales o por otros medios informáticos, que hagan entender la existencia de acoso laboral, faculta al empleador a verificar los hechos denunciados y a tomar las medidas disciplinarias del caso, una vez comprobadas.¹²⁸

Por su parte y como otro ejemplo, en Canadá, Nathalie Blanchard, empleada de IBM, en el año 2009 dejó de percibir dinero de su seguro médico por haber publicado fotos en su perfil de Facebook en fiestas y playas, mientras estaba de baja laboral por un diagnóstico de depresión.¹²⁹ A estas fotos accedió un empleado de la compañía aseguradora, Manulife, lo que motivó la suspensión de los pagos de las prestaciones sociales, por fraude.

Estos ejemplos nos permiten apreciar que el poder de control empresarial puede llegar a las esferas de las redes sociales de los trabajadores, siempre que las expresiones estén dirigidas a sus compañeros de trabajo o a situaciones del trabajo en general. Además, también podemos concluir que, si las publicaciones (expresiones, fotos y demás) no son restringidas y, por ende, de fácil acceso, serán catalogadas como públicas, por lo que no cabría la posibilidad de alegar violación al derecho de intimidad, permitiendo el control de las mismas por parte del empleador.

La libertad de expresión tiene íntima relación con otros derechos y prerrogativas fundamentales del ser humano, como la honra, la intimidad, la libertad de culto, el derecho a la réplica, etc., por lo que es muy factible un choque entre la libertad de expresión y estas potestades.¹³⁰ En tal sentido, Coronado señala que se debe diferenciar los contenidos nocivos de los ilícitos. Por nocivo se entendería toda expresión que atente contra los principios sociales, las buenas costumbres, la moral o que infringe el principio de igualdad y no discriminación.¹³¹ Ahora, no toda expresión nociva es ilícita, pues para ello requiere que la ley prevea este tipo de conductas, hecho que resulta simplemente imposible que la ley pueda

¹²⁸ Ecuador. Código del Trabajo. Artículo 172.8 señala como una causa de visto bueno de parte del empleador hacia los trabajadores, el cometimiento de acoso laboral.

¹²⁹ La Nación, *Perdió su licencia laboral por unas fotos publicadas en facebook*, accedido el 27 de mayo de 2019 <https://www.lanacion.com.ar/tecnologia/perdio-su-licencia-laboral-por-unas-fotos-publicadas-en-facebook-nid1203699>.

¹³⁰ Laura Coronado Contreras, “La Libertad de Expresión en redes sociales”, 137.

¹³¹ Ibid., 140.

prever toda conducta humana o toda expresión nociva. Además, el concepto de *buenas costumbres* resulta ambiguo, por lo que en esa categoría pueden entrar varias expresiones, inclusive con valoración subjetiva de quien elabore la restricción.

Entonces, cabe preguntarse si la libertad de expresión puede estar restringida o limitada en la relación de trabajo. La primera posibilidad es una renuncia voluntaria a emitir ciertos comentarios, expresiones o a mostrar fotografías de las actividades laborales o de hechos que se vinculen directa o indirectamente con el ámbito laboral. Para ello el trabajador deberá ser consciente del alcance de esta renuncia y de las implicaciones en caso de que incumpla con esta auto restricción.

Siguiendo a Coronado, la restricción al derecho de libertad de expresión es posible, siempre que la restricción esté prevista en el ordenamiento jurídico y que fuere indispensable y necesaria para proteger intereses legítimos.¹³² Entonces, continuando esta línea de pensamiento, por medio de disposiciones del reglamento interno de trabajo sería factible restringir publicaciones de los trabajadores sobre situaciones laborales, para preservar el nombre y prestigio de la empresa o las relaciones de trabajo, si esta medida resulta adecuada e indiscutiblemente necesaria para ello.

Como se señaló líneas arriba, el empleador debe respetar los derechos fundamentales de sus trabajadores. En tal sentido, cualquier medida restrictiva deberá pasar, primero, por el test de proporcionalidad¹³³ que la doctrina jurisprudencial española ha vertido. A nuestro entender, al menos en lo que respecta a asuntos de acoso laboral, es posible que esta restricción exista, sin que pueda quedar limitado a ese caso, exclusivamente.

4.2. Derecho a la intimidad

Nuevamente debemos señalar que en la ejecución de la relación de trabajo deben respetarse todos los derechos de la persona y no solo aquellos derechos específicamente laborales. Así, como lo señala José Luis Cataldo, hemos pasado de un estado de modelo cerrado de empresa, donde solo importaban aquellos (derechos específicos), a un estado en que la empresa es catalogada como un espacio público y, por ende, de respeto a todas las

¹³² Ibid.,141.

¹³³ Ver acápite 1.1. del capítulo segundo de este documento.

libertades y derechos de los trabajadores.¹³⁴ Entonces, debemos reconocer, imprescindiblemente, que en la relación de trabajo existen necesarios espacios de intimidad.¹³⁵

Por otra parte, no existe un texto normativo que defina al derecho a la intimidad, pero nuestra Corte Constitucional ha señalado que este derecho tiene varias aristas de protección, una de ellas es aquella referente a la no divulgación de terceros de circunstancias o información privada, y el deber de estos terceros de abstenerse de toda intromisión. Este derecho impone una facultad de exclusión de terceros a aspectos privados de la vida de las personas.¹³⁶ En tal sentido, podemos decir que el derecho a la intimidad protege la vida privada de las personas, imponiendo acciones de no intromisión a terceros.

Asimismo, debemos reconocer que la utilización de herramientas tecnológicas ha generado una serie de problemas e inconvenientes que deben ser resueltos. En este caso, además, la casuística es numerosa respecto al número de variables existentes sobre la ejecución de la relación laboral. Pese a ello, nos centraremos en el escenario más común- y posiblemente más problemático- que es aquel donde el empresario pone a disposición de los trabajadores las herramientas tecnológicas para la ejecución de su trabajo, donde podríamos definir a las tecnologías de la información y comunicación como medios de producción.

Así, la entrega de una computadora o un teléfono celular a un trabajador resulta, en la actualidad, indispensable para casi cualquier trabajo que se realice. En este escenario, es preciso reconocer que los trabajadores impregnarán estas herramientas de su toque personal, no solo respecto a la apariencia física del aparato, sino principalmente en las interacciones e información que estos equipos agruparán, misma que estaría protegida, en principio, por el derecho a la intimidad y secreto en las comunicaciones.

Pero, si los equipos tecnológicos son de propiedad del empresario, también en principio, éste estaría en plena capacidad de realizar inspecciones a dichos equipos para verificar el uso y destino que sus empleados les han dado, así como podría inspeccionar vehículos u otras herramientas. Y es, precisamente, en este momento donde resulta que los

¹³⁴ José Luis Cataldo Ugarte, "Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba", *Revista de derecho (Valparaíso)*, n° 33 (diciembre de 2009): 216, doi:10.4067/S0718-68512009000200005.

¹³⁵ Francisco Javier Calvo Gallego, "TIC y poder de control empresarial: reglas internas de utilización y otras cuestiones relativas al uso de Facebook y redes sociales", en *Aranzadi social. Revista doctrinal*, 2012: 136, <http://hdl.handle.net/11441/60400>.

¹³⁶ Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia No. 167-18-SEP-CC, Caso No. 0339-13-EP.

equipos de tecnología rompen este criterio lineal de ser meros medios de producción, pues internet y el correo electrónico- y redes sociales- con que cuentan estos dispositivos, se han convertido en una manera natural de interacción y comunicación social de las personas.¹³⁷ Ahora, si bien estos elementos rompen este criterio lineal, no dejan de ser medios de producción, pero requerirán de unas reglas distintas de control.

Por otra parte, siguiendo la línea de jurisprudencia española, el Tribunal Constitucional¹³⁸ ya ha señalado que el derecho a la intimidad, como cualquier otro derecho fundamental, no es absoluto, sino que cederá ante otros derechos igualmente relevantes, ante situaciones de necesidad, idoneidad y proporcionalidad; es decir, ante el test de proporcionalidad que el mismo Tribunal ha marcado como necesario en casos de reducción de un derecho fundamental. De su parte, en el Ecuador, la Corte ha señalado, en similar sentido, que los derechos no son absolutos, sino que se relativizan respecto de otros,¹³⁹ dado o del principio de igualdad jerárquica de los derechos, consagrado en el numeral 6 del artículo 11 de la Constitución. Por ello, para conocer qué derecho privará sobre otro, primero deberá existir un caso concreto sobre el que valorar esta situación y se aplicará la *técnica de la ponderación*¹⁴⁰ prevista en el numeral 3 del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional,¹⁴¹ técnica que tiene la estructura del juicio de proporcionalidad, ya señalado.¹⁴² Entonces, no toda intromisión al derecho a la intimidad, o a cualquier otro derecho, es ilegítima de plano, sino que deberá guardar perfecta armonía con el test señalado.

¹³⁷ Francisco Javier Calvo Gallego, “TIC y poder de control empresarial: reglas internas de utilización y otras cuestiones relativas al uso de Facebook y redes sociales”, 130.

¹³⁸ España. Tribunal Constitucional. Sentencia No. 159/2009, de 29 de junio de 2009. <https://hj.tribunalconstitucional.es>.

¹³⁹ Ecuador. Corte Constitucional para el período de transición, Resolución N.º 0017-07-TC.

¹⁴⁰ Ecuador. Corte Constitucional, Sentencia N.º 002-10-SEP-CC, Caso N.º 0296-09-EP

¹⁴¹ “Artículo 3.- Métodos y reglas de interpretación constitucional.- Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente. Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos: 3. Ponderación.- Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.”*

* Ecuador. *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*,

¹⁴² Robert Alexy, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N.º 11, enero-junio (2009), 8. Material de clase.

Entonces, resulta preciso definir o delimitar la facultad de control que tiene el empresario sobre estas herramientas, aclarando que, en el supuesto planteado, el empleador es dueño de los mismos, esta facultad no está negada. Para ello, dado que en el país no existe un criterio jurisprudencial vertido sobre este aspecto, nos apoyaremos en la Sentencia del Tribunal Supremo de España número 1323 de 8 de marzo de 2011¹⁴³ que marcó un hito jurisprudencial en dicho país sobre este asunto.¹⁴⁴

Esta sentencia determina que los controles empresariales deben guardar la debida delicadeza y respeto a la dignidad y demás derechos de los trabajadores. Sin embargo, reconoce que el empresario pueda realizar controles, siempre apegados a la primera regla. Entonces, previo a estos controles, el uso de los equipos informáticos debe estar plenamente definido y fehacientemente comunicado. La sentencia señala que, inclusive, el empleador debería dar un tiempo prudente a los trabajadores para que ellos puedan eliminar cualquier información personal que conste en dichas terminales.

Una vez plasmado y delimitado el uso de estos equipos, en donde inclusive pueden existir prohibiciones totales o parciales a usos personales, el control puede realizarse, y solo bajo esta prerrogativa. Resulta entonces primordial la existencia de esta orden o regulación, pues su existencia dará nacimiento al control empresarial.¹⁴⁵

Calvo Gallego, interpretando esta sentencia, señala que estos controles deben ser: (i) generales, no específicos ni discriminatorios; (ii) idóneos, en la medida de que logren conseguir el objetivo planteado; (iii) adecuados, en cuanto no exista una medida o vía más moderada o menos invasiva; y, (iv) proporcionales, en razón de que exista un balance entre las consecuencias negativas y positivas. Además, estos controles no deben realizarse de manera oculta o subrepticia y sin sospechas previas.¹⁴⁶ Así también lo ha señalado la

¹⁴³ España. Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Sentencia de Casación No. 1323/2011. <http://www.poderjudicial.es>. Esta sentencia toma, además, como base la sentencia del mismo Tribunal Supremo No. 6128/2007 de 26 de septiembre de 2007 que ya introdujo ciertos aspectos relevantes que desarrolla la primera.

¹⁴⁴ Como un breve antecedente, es preciso señalar que esta sentencia modifica el procedimiento de los controles empresariales que la jurisprudencia previa había señalado. Estos controles tomaban en consideración el procedimiento establecido en el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores, que señala que estos controles empresariales deben hacerse en horario de trabajo y con la presencia de un representante de los trabajadores o un fedatario y que cualquier omisión a este proceso invalida cualquier prueba obtenida.

¹⁴⁵ Marta del Valle García. “Obtención y Aportación de la prueba electrónica” en Abel Lluch et al., *La prueba electrónica*, 248.

¹⁴⁶ Francisco Javier Calvo Gallego, “TIC y poder de control empresarial: reglas internas de utilización y otras cuestiones relativas al uso de Facebook y redes sociales”, 136.

sentencia del Tribunal Constitucional referida líneas arriba, señalando que cualquier intromisión que no esté acorde a la ley, que no sea eficazmente consentida o, consentida que fuere, trastorne el objeto o alcance para el cual fue aceptado, se reputará como ilegítima.

Adrián Calderón¹⁴⁷ acota que la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en el voto 2010-0124 de 22 de enero de 2010, señala se reputarán ilegítimos los controles que el empleador llegare a realizar sobre asuntos extra laborales, como orientación sexual, credo religioso, modo de vida, militancia política, etc., dado que en nada condicionan las capacidades profesionales del trabajador, pero serán válidos estos controles, bajo la hipótesis de que la conducta extra laboral del trabajador sea contradictoria con las labores debidas.

A nuestro entender, este criterio de la Corte costarricense es adecuado, en el matiz que ha sido expuesto. En principio se podría pensar, en efecto, que los asuntos extra laborales podrían no afectar el desempeño laboral o que el empleador debiera tolerarlas, pero existen casos en donde estos aspectos toman relevancia y pueden llegar a ser contradictorias con las labores encomendadas o con la imagen del empleador. Ejemplo de estas circunstancias existen varios,¹⁴⁸ pero más allá de plantearlos, consideramos que este tipo de conductas o aspectos podrían, y deberían, ser controladas por el empleador por medio de normas establecidas en el reglamento interno de trabajo, políticas internas o en el mismo contrato de trabajo, si amerita la situación.

4.3. Otros derechos que podrían verse afectados

Conforme lo hemos visto, no solo los derechos de libertad de expresión e intimidad podrían verse disminuidos por el control empresarial. Estrechamente relacionado con esto está el derecho a la protección de datos personales, por citar un ejemplo.

Conforme al artículo 66.19 de la Constitución, las personas tenemos derecho a la protección de datos de carácter personal, tanto en el acceso como en la recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de los mismos. Por su parte, el artículo 4 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, que señala como una obligación del

¹⁴⁷ Adrián Calderón Chacón, “Derechos fundamentales y relaciones de empleo”, 39.

¹⁴⁸ Por citar uno, podría darse el caso de un empleador ONG dedicada a la protección animal, y que un trabajador publica en sus redes sociales fotos o comentarios donde promueve el maltrato animal. Este aspecto, aun extra laboral, podría ser controlado por el empleador, que podría llevar, inclusive y luego de un procedimiento adecuado, a la terminación de la relación laboral.

Estado la protección de los datos personales de ecuatorianos y extranjeros, como un complemento de la norma constitucional. En fin, podemos concluir que este derecho se ha desarrollado a través de la garantía jurisdiccional de habeas data.

Nuestra Corte Constitucional¹⁴⁹ ha señalado que este derecho tiene una naturaleza diversa que cuenta con distintas dimensiones relacionadas a la información personal, por lo que la protección de esta información consiste en un cúmulo de derechos, principios y garantías que facultan a su propietario a exigir autodeterminación informativa. En tal sentido, la Corte ha enfatizado que esta autodeterminación informativa está sujeta a la existencia de información de determinada persona y a la necesidad de que ésta tenga una mínima esfera de libre actuación respecto a dicha información, sobre la cual no debería existir una interferencia ilegítima de parte de terceros.

Asimismo, esta autodeterminación informativa permite la posibilidad de que, dentro de los límites establecidos en el ordenamiento jurídico, se tenga cierto poder de control sobre el uso de dicha información. “Es decir, el derecho a la protección de datos personales hace responsable al custodio de la misma sobre el uso o destino que se otorgue a la información de una tercera persona.”¹⁵⁰

Resulta indiscutible señalar que en el trayecto de la relación laboral existe una constante entrega de datos e información personal del trabajador. En el Ecuador no existe una norma específica que regule esta transferencia de datos, ni el tiempo y modo de proteger esa información. El empleador simplemente requiere información, para situaciones que -se asumen- son relativas al trabajo. Se entiende, por tanto, que la entrega de información, si bien no es del todo voluntaria, si resulta consentida por el trabajador.

El problema viene dado cuando el trabajador emplea, en sus labores diarias, computadores, tabletas y/o teléfonos celulares de propiedad del empresario, y con las facultades de control sobre los mismos, que quedaron ya previamente anotados. Dado que el trabajador personalizará dicho aparato, resulta innegable que en él existirá información

¹⁴⁹ Ecuador. Corte Constitucional, Sentencia No. 167-18-SEP-CC, Causa No. 0339-13-EP. Este pronunciamiento de la Corte toma como base la sentencia No.001-14-PJO-CC del Caso N.º 0067-11-JD.

¹⁵⁰ *Ibíd.*, 14.

personal. Como lo refiere Ignasi Beltrán,¹⁵¹ la privacidad del trabajador, o una parte de ella, puede ser transparente para el empleador.

El mismo autor señala que la diferencia entre el derecho a la intimidad y el de protección de datos personales, que él la denomina como derecho a la libertad informática, es que el primero exige abstención de los terceros que puedan lesionar el derecho; mientras que el segundo requiere, a más de esta abstención, de conductas concretas de supresión, modificación, restricción del uso de la información proporcionada para fines legítimos.¹⁵²

Entonces, debemos volver sobre las facultades de control empresarial cuando los equipos son de propiedad del empleador. Partamos del hecho de que ese control es plenamente válido. Estos controles podrían ser, inclusive, aprobados por el trabajador de manera anticipada, a la firma del documento de recepción de los equipos o, por otra parte, de manera unilateral por parte del empleador. Lo primero no es indispensable para que el empleador pueda ejercer su derecho de control, pero es una posibilidad.

Sin embargo, será imprescindible que el empleador cree políticas, regulaciones, memorandos o, en definitiva, normativas respecto al uso que los trabajadores pueden hacer con dichas terminales informáticas, estableciendo límites de control, que deberán observar, en todo momento, respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores.

Ahora, si el empleador ha prohibido usos personales en los dispositivos, aun cuando estos fueran momentáneos e inocuos, y el trabajador los realiza a sabiendas de su prohibición y estos datos quedan grabados o guardados en los dispositivos, se entendería que, con ello y de manera tácita, el trabajador estaría permitiendo y consintiendo el acceso a esa información personal que haya quedado registrada en el dispositivo.

En definitiva, los usos personales de los dispositivos y la información personal estarán protegidas, así como el derecho a la intimidad personal, en tanto y en cuanto no existan prohibiciones respecto a estos usos en los dispositivos de propiedad del empleador, de

¹⁵¹ Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz "Facultad de control empresarial y el derecho a la libertad informática de los trabajadores: un derecho fundamental (inexplicablemente olvidado)" en Joan Balcells Padullés et al., *Internet, derecho y política: Una década de transformaciones*, 279, accedido 13 de enero de 2019, https://www.academia.edu/7665246/BELTRAN_I._2014_.Facultad_de_control_empresarial_y_el_derecho_a_la_libertad_inform%C3%A1tica_de_los_trabajadores_un_derecho_fundamental_inexplicablemente_olvidado_.A_Internet_Derecho_y_Pol%C3%ADtica._Una_d%C3%A9cada_de_transformaciones_.Huygens_Barcelona._ISBN_978-84-697-0826-2_p._277_288_.

¹⁵² Ibid.

manera anticipada. Por su parte, cualquier uso personal consentido por el empleador, o que no haya sido expresamente prohibido, tendrá toda garantía de privacidad, sobre la cual no podrá existir control alguno.

Capítulo tercero

Problemas y soluciones de la práctica de prueba electrónica en el proceso laboral

Todo el antecedente hasta ahora expuesto nos trae al escenario central de esta tesis, que es la práctica de la prueba electrónica en el proceso, sus problemas y posibles soluciones, así como a revelar aspectos sobre la valoración probatoria de estas herramientas tecnológicas, que viene a distorsionar, y por tanto cambiar, el esquema actual de valoración establecido en el Código General de Procesos.

Iniciaremos, como corresponde, con la práctica probatoria de las herramientas tecnológicas, que de alguna forma también ya ha sido tratada en los capítulos anteriores, para terminar con los asuntos de valoración.

1. Obtención de la prueba electrónica

Como quedó señalado, el mayor problema que presenta la prueba electrónica es su obtención, pues es en este momento donde se deben observar y respetar las libertades y derechos fundamentales de las partes, ya que solo así esta prueba podrá ser aportada al proceso y practicada libremente, para que sea apreciada y valorada por el juzgador de la causa.¹⁵³

Nuestro Código Orgánico General de Procesos no cuenta con un procedimiento claro respecto a la objeción de la prueba en general, y de la electrónica específicamente. Esto puede ser un nuevo olvido del legislador, pues más allá del principio general establecido en el numeral 4 del artículo 76 de la Constitución, que señala que “las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”, resulta indispensable que las partes sepan cómo y cuándo poder objetar la licitud de la prueba.

Existe, solamente de manera vaga, una referencia a este problema, cuando el artículo 170 del Código Orgánico General de Procesos señala que cualquiera de las partes podrá

¹⁵³ Abel Lluch et al., *La prueba electrónica*, 113.

“objetar las actuaciones contrarias al debido proceso o lealtad procesal, así como cualquier prueba impertinente, inútil o inconducente.” Llama la atención que la norma no se refiera expresamente a la licitud de la prueba, aunque interpretando la norma, podría decirse que una prueba ilícita violenta el debido proceso, por lo que estaría incorporada en la norma citada. De todas formas, tratar el tema de manera expresa no hubiese estado mal, pues lo que abunda no daña, como se dice.

Debemos entender, entonces, que la objeción de la prueba electrónica se la podrá realizar en la audiencia preliminar, ya que el numeral 7 del artículo 294 del Código determina que, concluida la primera intervención de las partes, si no hay vicios de procedimiento que afecten la validez procesal, las partes deberán anunciar la totalidad de las pruebas que serán presentadas en la audiencia de juicio. En este momento cuando las partes pueden “formular solicitudes, objeciones y planteamientos que estimen relevantes referidos a la oferta de prueba de la contraparte.”¹⁵⁴ Será, entonces, al momento de hacer el anuncio probatorio en donde deberá recaer la objeción de licitud del medio probatorio electrónico, y en ningún otro.

Esta misma norma determina que el juzgador deberá resolver la admisibilidad de la prueba y que el juez “excluirá la práctica de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han obtenido o practicado con violación de los requisitos formales, las normas y garantías previstas en la Constitución, los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y este Código, y que fueron anunciadas por los sujetos procesales.”¹⁵⁵

Pese a ello, no queda claro el procedimiento para resolver esta objeción.¹⁵⁶ El Código guarda silencio, por ejemplo, sobre si es posible aportar elementos de convicción sobre la licitud, o ilicitud, del medio anunciado. Por otra parte, no está por demás señalar que la resolución de un asunto de licitud de un medio probatorio no resulta de fácil solución, dado que podrían existir casos en donde los jueces tengan incluso que llegar a ponderar derechos, como los ejemplos que se han tratado líneas arriba en este estudio, que podrían, por ejemplo, colisionar un derecho a la intimidad versus un derecho de libertad de expresión, por lo que

¹⁵⁴ Ecuador. *Código Orgánico General de Procesos*, artículo 294.

¹⁵⁵ *Ibíd.*

¹⁵⁶ Cabe mencionar que, por ejemplo, el Código General de Procesos colombiano tiene disposiciones similares a la nuestra, por lo que no existe un incidente de ilicitud o una norma clara que lo norme. También resume este asunto con la disposición del artículo 168, señalando que el juez rechazará la prueba ilícita. El Código General de Procesos uruguayo también señala, solamente, que el juez rechazará la prueba prohibida. Hemos tomados como ejemplo estos dos Códigos, pues el ecuatoriano los tomó como modelo.

establecer claramente un procedimiento para la discusión y aceptación, o no, de un medio de prueba electrónico resulta necesario.

Para clarificar esta situación, siguiendo los lineamientos de la normativa española, la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁵⁷ cuenta con una disposición en el artículo 287 que trata sobre este incidente de ilicitud de la prueba, que permite la práctica de la prueba pertinente y conducente que sirva para sustentar la acusación de ilicitud, de una parte, o la licitud, de otra. Este incidente puede realizarse cuando alguna de las partes entendiera que la obtención de alguna prueba es ilícita, por lo que deberá acusar a la prueba de inmediato y correr traslado a la otra parte.

La resolución deberá hacerse en la audiencia de juicio o, en los juicios sumarios (verbales para la legislación española) en la primera etapa de la audiencia, que se denomina vista. Sobre esta resolución cabe recurso de revisión, “que se interpondrá, sustanciará y resolverá en el mismo acto del juicio o vista, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva.”¹⁵⁸ Este recurso es resuelto por el mismo juez o tribunal que lo dictó, sin efecto suspensivo.

Queda claro, entonces, que la alegación de ilicitud deberá ser probada ante el juzgador, quien deberá resolver este incidente previo a la práctica de la prueba, como resulta lógico. También queda claro que el juez o tribunal no podrá inadmitir, de plano, una prueba, sino que la misma debe pasar por el incidente de ilicitud, que puede ser originada por iniciativa de parte o de oficio por el propio juez.¹⁵⁹

Vemos entonces la practicidad que tendría incorporar un procedimiento como este en nuestra legislación, que serviría para afianzar los derechos de las partes, protegiendo tanto a quien aporta la prueba objetada como contra quien se la pretende hacer valer. Si bien no existe este procedimiento, podemos establecer que, en la audiencia preliminar o en la primera parte de la audiencia única, en primera instancia, le corresponderá al juez de la causa resolver sobre la admisibilidad de la prueba y esta resolución podrá ser apelada con efecto diferido,

¹⁵⁷ España. *Ley de Enjuiciamiento Civil*, Boletín Oficial del Estado número 7, de 8 de enero de 2000.

¹⁵⁸ *Ibíd.*

¹⁵⁹ Abel Lluch et al., *La prueba electrónica*, 117-8.

ya que la misma es un auto interlocutorio, conforme lo dispone el artículo 88 del Código Orgánico General de Procesos.

Esto significaría que, justamente en esta etapa de la audiencia única, o en la etapa correspondiente en la audiencia preliminar, para los procesos ordinarios, es donde la parte que impugnó la licitud del medio de prueba electrónico deberá probar su ilicitud, a fin de que el juez de la causa la excluya. Es importante señalar que, una vez aceptado el medio probatorio, la decisión judicial no podrá ser apelada. Por otra parte, como conocemos, el efecto diferido no suspende la tramitación de la audiencia, misma que seguirá adelante con o sin el medio de prueba, de acuerdo a la decisión que se hubiere adoptado.

En la segunda instancia, una vez llegada la audiencia de sustanciación de la apelación, entenderíamos, haciendo un análisis de la norma, que en la primera parte de la audiencia se deberían aportar y practicar los medios probatorios electrónicos excluidos por ilicitud, siempre que estos influyan fundamentalmente en la decisión de la causa.¹⁶⁰ Sin embargo, entendemos que este procedimiento, que no está normado claramente, desvirtuaría la esencia de la audiencia de apelación que, básicamente, impide la práctica de prueba al ser resuelta en mérito de los autos, pero que tiene dos excepciones a esta regla. La primera, como lo señalamos, refiere a la prueba excluida en primera instancia y que fue apelada con efecto diferido. La práctica de esta prueba se daría, únicamente, si con ella el resultado de la causa pueda variar fundamentalmente. La segunda excepción, es aquella en la que las partes pueden aportar prueba nueva o prueba sobre los hechos ya alegados, pero que fue imposible de obtener con posterioridad a la sentencia.¹⁶¹

No estamos de acuerdo con la redacción del último inciso del artículo 160 del Código Orgánico General de Procesos, por ser ambigua e indeterminada. Entendemos que será el

¹⁶⁰ Ecuador. *Código Orgánico General de Procesos*, artículo 160, último inciso: “La resolución por la cual la o el juzgador decida no admitir alguna prueba podrá apelarse con efecto diferido. De admitirse la apelación, la o el juzgador superior ordenará la práctica de la prueba, siempre que con ella el resultado pueda variar fundamentalmente.”

¹⁶¹ “Artículo 258.- Procedimiento. Con la fundamentación se notificará a la contraparte para que la conteste en el término de diez días. En materia de niñez y adolescencia el término para contestar será de cinco días. Tanto en la fundamentación como en la contestación, las partes anunciarán la prueba que se practicará en la audiencia de segunda instancia, exclusivamente si se trata de acreditar hechos nuevos. También podrá solicitarse en las correspondientes fundamentación o contestación la práctica de prueba que, versando sobre los mismos hechos, sólo haya sido posible obtenerla con posterioridad a la sentencia. La apelación y la adhesión no fundamentada serán rechazadas de plano, teniéndose por no deducido el recurso.”*

* Ecuador. *Código Orgánico General de Procesos*.

tribunal de segunda instancia el que decidirá si esta prueba puede *variar fundamentalmente* la decisión, lo cual genera un efecto peligroso. Primero para los jueces, ya que podría romper el principio de imparcialidad debido a que el juzgador asume, de manera anticipada, que la prueba incidirá en la decisión, lo cual viola varios derechos de las partes y podría acusársele de prevaricato. En segundo lugar, como consecuencia del primero, las partes quedarían en una posición de indefensión. Si se practica la prueba, la parte contra quien se la hace valer tendría, también de manera anticipada, conocimiento de que la decisión va a cambiar. Si la prueba no llega a practicarse, pues a criterio del juez la decisión no va a variar fundamentalmente con la prueba excluida, la parte que la solicitó podría perder una prueba que, en efecto, haga variar fundamentalmente la decisión.

Entonces, esta falta de regulación impide el ejercicio de derechos de manera íntegra, por lo que debería existir un proceso regulado, que evite confusiones, que llene los vacíos normativos existentes y que permita a las partes tener plena seguridad de que sus derechos serán respetados.

2. Aportación y práctica de la prueba electrónica en el proceso

Para estos efectos, debemos partir de la disposición del artículo 159 del Código Orgánico General de Procesos que señala que será factible aportar al proceso todos los medios de prueba “que no violenten el debido proceso ni la ley”. Como quedó dicho,¹⁶² parecería que al legislador se le olvidó establecer, de manera expresa y clara, los medios de prueba que pueden ser admitidos en el proceso. Para lograr determinarlos debemos hacer una inferencia, pues desde el artículo 174 hasta el 232 el Código determina la forma en la que puede practicarse la prueba testimonial, documental, pericial y la inspección judicial, medios de prueba admitidos. Debemos entender, entonces, que son esos los medios de prueba admitidos en la ley procesal ecuatoriana, aunque de forma general se acepten “todos”, por lo que no se podría excluir a los medios electrónicos.

Siguiendo la ley, el artículo 202 del Código Orgánico General de Procesos señala que los documentos producidos electrónicamente serán considerados originales. Es decir, el

¹⁶² Ver numeral 1.3 del Capítulo uno.

Código considera a la prueba electrónica como documental,¹⁶³ lo que reduce- a nuestro criterio- el alcance que puede llegar a tener una prueba electrónica ya que, si bien es cierto que de manera amplia entendemos a las herramientas tecnológicas como documentos, dado que permiten justificar o evidenciar una situación, no es del todo cierto que todos los resultados obtenidos por aparatos tecnológicos sean un documento, en sentido estricto.

Sin embargo, el Código deja ya una luz, aunque tenue, de la forma de practicar la prueba electrónica, y esta es como lo señala el artículo 193 y siguientes; es decir, como prueba documental.

En otro orden de ideas, resulta necesario establecer que, conforme al artículo 159 del Código Orgánico General de Procesos, toda la prueba documental con la que cuenten las partes se adjuntará a la demanda, a la contestación a la demanda, a la reconvención y/o a la contestación a la reconvención. Debiendo remarcar que “aquella que no se anuncie no podrá introducirse en la audiencia, con las excepciones previstas en este Código.”¹⁶⁴ Así, toda la prueba electrónica, al ser entendida- o mal entendida- como documental, debe ser anunciada y adjuntada en el acto de proposición, so pena de no poder ser actuada.

Pese a ello, existe la posibilidad de que la prueba electrónica sea anunciada en otros momentos, no solo en los actos de proposición. El Código Orgánico General de Procesos señala que existe la posibilidad de anunciar prueba nueva en algunos eventos. El artículo 151 del Código prevé dos situaciones al respecto. La primera, una vez calificada la contestación a la demanda, la parte actora tendrá el término de diez días para anunciar prueba nueva. La segunda se daría si la parte demandada reforma sus excepciones, por lo que se le concederá al actor un término de diez días para anunciar prueba nueva.

Por su parte, el artículo 166 del Código determina que se podrá solicitar prueba no anunciada en los actos de proposición, hasta antes de la convocatoria a la audiencia de juicio

¹⁶³ El Código General de Procesos colombiano también trata a la prueba electrónica como una prueba documental, pero de manera expresa. El artículo 243 determina las “distintas clases de documentos”, entre los que señala a los mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo. Por su parte, el Código Federal de Procedimientos Civiles mexicano establece a la prueba electrónica, señalada como pruebas aportadas por descubrimientos de la ciencia, como un medio híbrido, que no es documental pero que, de ser necesario a criterio del juez o a petición de parte, podrá oír a un perito, conforme el artículo 189. En España los medios de prueba electrónicos tampoco son diáfanos, pues si bien no son asimilados a los documentos, requieren de una transcripción al ser incorporados.

¹⁶⁴ Ecuador. *Código Orgánico General de Procesos*, artículo 159.

o única, acreditando que dicha prueba no fue de conocimiento de la parte a la que beneficia o que, habiéndola conocido, no pudo disponer de la misma. Pero, en este caso, esta solicitud estará sujeta a decisión del juzgador. Así, serán estos momentos en los que se pueda anunciar la prueba electrónica en el proceso.

El primer problema que surge es, entonces, ¿qué se aporta en el acto de proposición como parte de la prueba electrónica? Esto por cuanto entendemos que no se podrá aportar una computadora o un servidor¹⁶⁵ donde conste el archivo primigenio, o que estos sean trasladados a la audiencia para su producción. En este sentido, siguiendo los lineamientos de la norma española,¹⁶⁶ ella obliga a una transcripción de las palabras que contiene el soporte, con lo que resuelve el dilema; sin embargo, cabe señalar, esta norma no está exenta de críticas.¹⁶⁷

Por su parte, nuestra Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos¹⁶⁸ señala que la parte que pretenda hacer valer un mensaje de datos lo deberá aportar en soporte informático y la transcripción en papel del documento electrónico. Pero esta norma genera problemas frente a otros medios de prueba electrónicos, como las grabaciones de audio y/o videos y fotografías, por citar algunos, no porque no puedan ser entendidos como mensajes de datos, que en efecto pueden ser considerados bajo una interpretación amplia, sino porque se limita a establecer una “transcripción” del soporte, lo que obligaría a copiar toda la

¹⁶⁵ Abel Lluch et al., *La prueba electrónica*, 120.

¹⁶⁶ España. *Ley de Enjuiciamiento Civil*, artículo 382.1.

¹⁶⁷ Esta norma, para Illán Fernández, reduce a la prueba electrónica a un papel, situación que desvirtúa el alcance de los medios probatorios electrónicos y desnaturaliza a algunos de ellos que, para este autor, no son documentos. Para Abel Lluch no existe mayor problema al momento de aportar la prueba electrónica, pues se deben seguir los lineamientos establecidos en la ley para la prueba documental.

¹⁶⁸ “Práctica de la prueba.- La prueba se practicará de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Civil y observando las normas siguientes: a) Al presentar un mensaje de datos dentro de un proceso judicial en los juzgados o tribunales del país, se deberá adjuntar el soporte informático y la transcripción en papel del documento electrónico, así como los elementos necesarios para su lectura y verificación, cuando sean requeridos; b) En el caso de impugnación del certificado o de la firma electrónica por cualesquiera de las partes, el juez o tribunal, a petición de parte, ordenará a la entidad de certificación de información correspondiente, remitir a ese despacho los certificados de firma electrónica y documentos en los que se basó la solicitud del firmante, debidamente certificados; y, c) El facsímil, será admitido como medio de prueba, siempre y cuando haya sido enviado y recibido como mensaje de datos, mantenga su integridad, se conserve y cumpla con las exigencias contempladas en esta ley. En caso de que alguna de las partes niegue la validez de un mensaje de datos, deberá probar, conforme a la ley, que éste adolece de uno o varios vicios que lo invalidan, o que el procedimiento de seguridad, incluyendo los datos de creación y los medios utilizados para verificar la firma, no puedan ser reconocidos técnicamente como seguros. Cualquier duda sobre la validez podrá ser objeto de comprobación técnica.*

* Ecuador. *Ley de Comercio Electrónico*, artículo 54.

grabación o a describir toda una fotografía. Bajo esta perspectiva, entonces, es indiscutible que la prueba electrónica en Ecuador es una especie de prueba documental, pues la norma obliga a reducir a escrito todo el contenido generado por medios informáticos.

Así, la prueba electrónica deberá ser reducida a un escrito, en donde se transcriba el contenido de la prueba electrónica (correo, publicaciones de redes sociales, grabaciones de audio, video o mixtas, etc.) y deberán ser aportadas en un medio magnético (CD, flash memory, etc.) para su producción en juicio. Queda claro, por tanto, que lo que se aporta son herramientas de reproducción de la prueba electrónica, mas no el medio de prueba como tal.¹⁶⁹

Ahora bien, nuevamente, siguiendo el artículo 159 del Código Orgánico General de Procesos, este señala que la práctica de la prueba será de manera oral en la audiencia de juicio; y, es en este momento donde tenemos, como primer escenario, a la audiencia de juicio como uno de los momentos en los que se puede introducir y practicar la prueba electrónica que ha sido previamente anunciada. Esta práctica, entonces, será como una prueba documental, donde se tendrá que leer la parte pertinente de la transcripción.

El artículo 196 señala que la producción de la prueba documental procederá: (i) si es un documento, se leerá y exhibirá públicamente en su parte pertinente; (ii) si es un objeto se exhibirá; y, (iii) si es una fotografía, una grabación o cualquier otro elemento audiovisual, computacional o cualquier otro de carácter electrónico, se reproducirán también en su parte pertinente, en la audiencia, y por cualquier medio idóneo para su percepción por los asistentes.

La norma señala que la prueba documental actuada quedará en poder del juzgador de la causa, para tenerla a la vista al momento de resolver sobre el fondo del asunto que se ventila. Así, queda claro que el primer momento, y el más importante, de aportación de los medios de prueba electrónicos es la audiencia de juicio.

Ahora bien, no resulta provechoso discutir si la prueba electrónica aportada como prueba documental es original o copia, pues el propio Código lo ha resuelto al considerar al documento electrónico aportado como original. Otra cuestión a dilucidar es si la prueba electrónica se reputaría como pública o privada. Debemos partir señalando que no existe

¹⁶⁹ Abel Lluch et al., *La prueba electrónica*, 121.

norma alguna que obligue al aportante a *notarizar*¹⁷⁰ la prueba electrónica, sin embargo muchos juzgadores se sienten respaldados ante esta práctica, ya que se avalan ciertas circunstancias del documento por la fe pública que reviste el acto notarial. Como lo señala Bueno de Mata¹⁷¹ la brecha generacional entre los avances tecnológicos y los administradores de justicia, hace que ciertos jueces tomen decisiones que, inclusive, van en contra de norma expresa.

Sobre este aspecto, nuestro criterio es que la prueba electrónica será siempre un documento privado, salvo que el mismo haya sido producido por una autoridad pública en ejercicio de sus funciones y firmado electrónicamente.¹⁷² La *notarización*, sea por medio de una protocolización o certificación de página web¹⁷³ no le daría el carácter de público al documento como tal, ya que no reúne los requisitos establecidos en la ley, pero le dará certezas respecto a su existencia, a su estado (integridad) y a la fecha en la que se realizó la gestión notarial, con lo que tendrá un cierto valor adicional, indudablemente.

En este punto, vale preguntarse si únicamente la prueba electrónica puede ser aportada como un medio documental. La respuesta a esta situación es que sí. La parte aportante, o quien la impugne, podrá requerir el auxilio de un experto que evalúe la situación del medio aportado. A través del peritaje se evaluarán situaciones como la integridad y autenticidad de la prueba electrónica, con lo que se disiparían estas dudas. Por tanto, la pericia no solo servirá como un elemento de verificación de la prueba electrónica, sino como una nueva forma de aportarla al proceso. Conforme reza el Código Orgánico General de Procesos, a la demanda o contestación se deberá acompañar el informe pericial y el perito deberá sustentar dicho informe en la audiencia de juicio.¹⁷⁴

Abel Lluch¹⁷⁵ señala que una manera adicional de introducir la prueba electrónica puede darse por medio de declaraciones testimoniales o declaraciones de parte, ya que por esas vías se podría reconocer un correo electrónico, el contenido de una página web, etc., al

¹⁷⁰ Este es un término ambiguo muy utilizado en nuestro medio. La notarización puede significar una protocolización, una certificación o cualquier otra actuación notarial, dentro de las facultades concedidas a estos funcionarios, establecidos en el artículo 18 de la Ley Notarial.

¹⁷¹ Lluís Muñoz Sabaté y Federico Bueno de Mata, *Diccionario enciclopédico de Probática y Derecho Probatorio* (Las Rozas (Madrid): La Ley, 2014), 2.

¹⁷² Ecuador. *Código Orgánico General de Procesos*, artículo 205.

¹⁷³ Ecuador. *Ley Notarial*, Registro Oficial 158, 11 de noviembre de 1996, artículo 18.

¹⁷⁴ Ecuador. *Código Orgánico General de Procesos*, artículo 222.

¹⁷⁵ Abel Lluch et al., *La prueba electrónica*, 69.

momento de rendir su testimonio o declaración. No existe norma alguna en el Código que impida o permita esta práctica, por lo que podríamos señalar, en principio, que en el Ecuador esta práctica estaría prohibida, entendiendo que la norma procesal es de derecho público, donde se impiden interpretaciones extensivas.¹⁷⁶ Sin embargo, el sistema procesal se basa en principios adicionales, estando el juez facultado para interpretar la norma procesal teniendo en cuenta que el objetivo del procedimiento es la efectiva vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución. En tal sentido, en caso de que surjan dudas en la interpretación, éstas se deberán aclarar mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal y cualquier vacío en las disposiciones procesales, se llenará con normas que regulen casos análogos, y a falta de éstas, con los principios constitucionales y generales del derecho procesal.¹⁷⁷

En tal sentido, podríamos señalar que, ante esta duda, sería perfectamente posible que la prueba electrónica pueda introducirse al proceso mediante la práctica de un testimonio o declaración de parte.

Así las cosas, podemos concluir que la prueba electrónica podrá aportarse como prueba documental, pericial o testimonial y, además, que su práctica o desahogo se la realizará, de manera ordinaria, en audiencia de juicio. ¿Existiría la posibilidad de practicar prueba electrónica en otro momento?

Para responder esta interrogante, debemos acudir a lo prescrito en el artículo 120 del Código Orgánico General de Procesos, que señala que todo proceso puede ser precedido de una diligencia preparatoria, misma que tendrá como objetivo, entre otro, el aseguramiento de la práctica probatoria. Por su parte, el artículo 122 del mismo cuerpo legal, señala qué diligencias pueden practicarse, entre otras: (i) exhibición, en general, de documentos; y, (ii) el reconocimiento de un documento privado. Entonces, es plenamente factible practicar prueba electrónica por medio de diligencias preparatorias, dado que la norma abre la posibilidad de reconocer documentos y de exhibirlos y, dado que la norma procesal entiende a la prueba electrónica como documental, como ha quedado ya expuesto, nada impide que este sea un momento propicio para anticipar esta prueba.

¹⁷⁶ Ecuador. *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial 31, Suplemento, 7 de julio de 2017, artículo 29.

¹⁷⁷ Ecuador. *Código Orgánico de la Función Judicial*, artículo 29.

En tal sentido, no existen más momentos ordinarios en donde se pueda realizar la práctica de prueba, en general, ya que estos son los estados que ha previsto la norma procesal. Por tanto, podemos concluir que la prueba electrónica, así como cualquier otro medio clásico, puede ser practicada en los dos momentos previstos en el Código; es decir, antes de la existencia del proceso principal, por medio de una diligencia preparatoria y cuando el proceso ha nacido, en la audiencia de juicio.

Queda, como última alternativa y excepcional, la opción de presentar prueba electrónica en segunda instancia, como ya lo mencionamos líneas arriba. Para ello, al momento de fundamentar o contestar la fundamentación del recurso de apelación se puede requerir dicha práctica, “exclusivamente si se trata de acreditar hechos nuevos”¹⁷⁸ La misma norma prevé que también podrá solicitarse la práctica de prueba que, refiriéndose a hechos ya conocidos, sólo haya sido posible obtenerla con posterioridad a la sentencia. También se podrá practicar, en segunda instancia, la prueba que hubiere sido excluida en la audiencia única de primera instancia, que pueda variar fundamentalmente la decisión, según lo normado por el artículo 160 del Código Orgánico General de Procesos.

3. Valoración de la prueba electrónica por parte de los Jueces del Trabajo

Devis Echandía¹⁷⁹ define la apreciación o valoración de la prueba como una operación mental y exclusiva que realiza el juez, para conocer el valor de convicción que un instrumento probatorio produce, ejercicio que limita la discrecionalidad judicial.¹⁸⁰ El artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos¹⁸¹ señala que el juzgador deberá apreciar la prueba en su totalidad y, en su sentencia, razonar sobre cada una de ellas; esto es, el Código recoge el sistema de valoración de la prueba conocido como sana crítica.

¹⁷⁸ Ecuador. *Código Orgánico General de Procesos*, artículo 258, inciso segundo.

¹⁷⁹ Hernando Devis Echandía. *Teoría General de la Prueba Judicial*, 273.

¹⁸⁰ Abel Lluch et al., *La prueba electrónica*, 420.

¹⁸¹ Ecuador. *Código Orgánico General de Procesos*, artículo 164. La referida norma señala: “Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código. La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. La o el juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión.”

Frente al sistema de libre valoración, o sana crítica, existe el sistema tasado de valoración probatoria que, contrario al anterior, entrega una valoración legal a uno o varios medios probatorios.¹⁸² Illán Fernández señala que este sistema consiste en establecer ciertos parámetros rígidos, que asignan un determinado resultado a determinados medios probatorios, dirigidos no al conocimiento del juez, sino al logro de un fin específico.¹⁸³

Si bien Devis Echandía, al igual que otros autores, considera que no existe un sistema procesal mixto, podemos señalar que las actuaciones judiciales del Ecuador han abierto esta posibilidad, al menos remotamente. Por ejemplo, en un asunto de familia,¹⁸⁴ la filiación se determina con una única prueba, que es el examen de ADN. Esta prueba, por ejemplo, es un caso de valoración tasada, pues no existe otra prueba que pueda mejorar este criterio o revertirlo, de ser el caso. Resultaría ilógico pensar que un juzgador, ante la contundencia y claridad de un resultado de un examen de ADN válidamente practicado, no llegare a determinar la existencia, o inexistencia, de filiación de dos personas, haciendo un análisis integral de las pruebas aportadas por las partes, en virtud de la apreciación de la prueba en conjunto.

En igual sentido, el Título XXI del Libro IV del Código Civil,¹⁸⁵ referente a la prueba de las obligaciones, establece una cierta gradación entre la eficacia de las pruebas. Así, por ejemplo, el artículo 1717 señala que el documento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, hecho que un documento privado no alcanza. Si bien no existe ya la confesión, debido a la derogatoria del Código de Procedimiento Civil, resulta interesante señalar que cuando existía este medio probatorio, la confesión de parte era suficiente para probar un hecho. Cabía el aforismo “a confesión de parte, relevo de prueba”, que, junto a los demás elementos antes señalados, nos demuestran que el sistema de valoración resulta no ser de libre apreciación, del todo.

¹⁸² Hernando Devis Echandía. *Teoría General de la Prueba Judicial*, 78.

¹⁸³ José María Illán Fernández. *La prueba electrónica, eficacia y valoración en el proceso civil*, 450.

¹⁸⁴ Ecuador. Corte Nacional de Justicia, Resolución No. 05-2014 Registro Oficial 346, Suplemento, de 2 de octubre de 2014. Cabe señalar que el fallo señalado determina que “el examen de ADN es una prueba científica y concluyente que permite establecer la filiación o parentesco, por tanto, es pertinente e idónea dentro de los juicios de impugnación de paternidad o maternidad...”

¹⁸⁵ Ecuador. *Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, artículo 1715 y siguientes.

En virtud de aquello, Anzures Uribe sugiere la necesidad de modificar las estructuras clásicas del derecho procesal en lo referente a la prueba,¹⁸⁶ principal y especialmente porque este tipo de normas deben adaptarse a las necesidades sociales para ser efectivas, pues son imprescindibles para el ejercicio de nuestros derechos en juicio.

El avance tecnológico obliga a que las relaciones sociales, así como las disposiciones normativas, se adapten con facilidad, pues la velocidad con la que la tecnología cambia, avanza, se modifica y/o se elimina, es vertiginosa, frente a la lentitud- muchas veces indolente- del avance legislativo. Así, Gómez Cotero¹⁸⁷ señala que el avance tecnológico obliga al legislador a proporcionar las herramientas suficientes para que los jueces puedan evaluar la credibilidad de los datos incorporados en archivos digitales. Tratada ha quedado la necesidad de que la prueba electrónica cumpla ciertas garantías para que ésta pueda ser válida¹⁸⁸ en el proceso y, siendo lícita y perfectamente admitida en el proceso, conlleva envuelta una contundencia que los otros medios probatorios pueden lograr.

Como también se ha señalado a lo largo de este trabajo, si bien la práctica de prueba electrónica es un problema, por los varios olvidos e inconsistencias por parte del legislador al momento de redactar el Código de Procesos, que han sido previamente anotadas, otro de los problemas de la prueba electrónica se da al momento de valorar la prueba, profundizando su crisis. Partamos del principio de que, conforme el Código Orgánico de la Función Judicial, las actuaciones de la administración de justicia deben enmarcarse en los lineamientos constitucionales y legales, así como en varios principios adicionales como el dispositivo, inmediación y celeridad, lo cual hace ya que la valoración probatoria tenga un primer lineamiento.

De otro lado, esto se da también porque la prueba electrónica debe pasar por una serie de validaciones previo a que pueda ser considerada como tal en el proceso. Así, solo la prueba que guarde ciertos principios, como el de originalidad, de integridad, autenticidad, etc. será apreciada por el juez. Si el artículo 164 del Código Orgánico General de Procesos dispone

¹⁸⁶ Rafael Anzures Uribe. “Valor probatorio de los documentos electrónicos en el juicio contencioso administrativo.”, en Juan Pablo Pampillo Baliño y Manuel Alejandro Munive Páez coord., *Obra Jurídica Enciclopédica*, vol. Derecho Tributario, (México, DF: Editorial Porrúa, 2012), 384.

¹⁸⁷ José de Jesús Gómez Cotero. “Valor probatorio de los documentos electrónicos para efectos fiscales”, Juan Pablo Pampillo Baliño y Manuel Alejandro Munive Páez coord., *Obra Jurídica Enciclopédica*, vol. Derecho Tributario, (México, DF: Editorial Porrúa, 2012), 481.

¹⁸⁸ Anzures Uribe. *Valor probatorio de los documentos electrónicos*, 392-6

que los jueces deben valorar la prueba en base a la sana crítica, y entendemos como tal al razonamiento que el juzgador debe hacer sobre cada prueba, y la prueba electrónica viene envuelta de una serie de principios, entre los cuales está la autenticidad, cabe preguntarse ¿cómo debe ser valorada la prueba electrónica en el proceso laboral?

Así, cabe analizar algunas de las posibilidades que pueden darse sobre la prueba electrónica. La primera de ellas, ya comentada, refiere a la naturaleza de dichos medios. Si los medios electrónicos son, principalmente, considerados como documentos privados, estos estarán sujetos a la valoración por sana crítica si no han sido impugnados, ya que de no llegar a serlo, tendrá eficacia de documento público.¹⁸⁹ Pero, si el documento ha sido certificado o protocolizado por notario público, tendrá ya ciertas certezas sobre la autenticidad del documento y la fecha de la certificación notarial, con lo cual pasa a un estadio de mayor confianza. Recordemos que los documentos públicos son pruebas de mejor casta que los documentos privados.

Otra cuestión se da si el documento electrónico contiene una firma electrónica certificada. Como quedó anotado, la firma electrónica certificada trae envuelta la condición de certeza sobre la autoría del documento y su autenticidad. En este caso sucedería algo similar a la fuerza probatoria de un documento público, ya que los documentos que contienen esta firma digital certificada son de mejor especie que aquellos que no cuentan con esta tecnología.

De otro lado, la existencia de una pericia informática, genera también las certezas que se buscan sobre la autenticidad e integridad de la prueba electrónica. En tal sentido, derivaría en sostener, sin mayores inconvenientes, que la prueba electrónica genera certezas indubitadas. Sin embargo, es claro que el peritaje es un auxilio al juez respecto de asuntos que escapan de su especialidad, por lo que claramente este medio probatorio está regulado por la sana crítica del juzgador.

Parecería entonces que la prueba electrónica se debate entre la valoración tasada y una sana crítica *especialísima*¹⁹⁰ que obligaría al juez a tener conocimientos adicionales y mejor información de los aspectos técnicos de las herramientas tecnológicas aportadas al

¹⁸⁹ Xavier Abel Lluch, *Valoración de la prueba electrónica* en Abel Lluch et al., *La prueba electrónica*, 424.

¹⁹⁰ Antonio García Paredes, *La prueba en juicio ¿y si es electrónica?* (Revista contratación electrónica, número 62, julio 2005) en *ibíd.*, 422.

proceso. Si bien cierta parte de la doctrina se inclina a una valoración tasada, dadas las certidumbres, casi irrefutables, que genera la prueba electrónica que ha sido practicada en el proceso, no es menos cierto que la norma procesal obliga al juzgador a realizar una valoración integral de la prueba aportada al proceso y a motivar su decisión, partiendo de que la motivación, conforme lo ha señalado la Corte Constitucional, para que la resolución se halle correctamente motivada, es necesario que el juez exponga las razones que el Derecho le ofrece para tomarla.

La Corte ha impuesto que la exposición o motivación de una resolución cumpla con los siguientes requisitos:

“Dicha exposición debe hacérsela de manera razonable, lógica y comprensible, así como mostrar cómo los enunciados normativos se adecúan a los deseos de solucionar los conflictos presentados. Una decisión razonable es aquella fundada en los principios constitucionales. La decisión lógica, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre esta y la decisión. Una decisión comprensible, por último, debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto.”¹⁹¹

Así, podemos señalar que la prueba electrónica debe ser valorada bajo las reglas de la sana crítica, aun cuando los medios aportados cuenten con ciertas certezas irrefutables pues, más allá de aquello, el juzgador está en la obligación de señalar a las partes cuál ha sido su razonamiento, tomando en consideración los hechos, el Derecho y la prueba actuada, para cumplir con su deber de motivación, que además deberá cumplir con los requisitos de lógica, comprensibilidad y razonabilidad, conforme los lineamientos de la Corte Constitucional.

¹⁹¹ Ecuador. Corte Constitucional, sentencia No. 127-12-SEP-CC, del caso No. 1212-11-EP.

Conclusiones

Resulta indiscutible la transformación que la tecnología ha introducido en la vida cotidiana de las personas y, como lo hemos revisado en este trabajo, uno de los aspectos en donde existen más cambios ha sido, justamente, en la relación laboral. Los centros de trabajo se desarrollan, algunos casi exclusivamente, por medio de herramientas tecnológicas que facilitan o permiten el trabajo. Son estas nuevas formas de convivencia las que obligan- o debieron obligar- al legislador a modificar la ley procesal para determinar claramente los medios de prueba que podrán ser aportados al proceso. Si bien, como quedó dicho, no están prohibidos los medios de prueba electrónicos, estos tampoco están expresamente desarrollados en la norma procesal, lo que obliga a realizar analogías sobre estos nuevos medios de prueba, que resultan tan necesarios.

Ecuador ha iniciado un proceso de cambio en la legislación laboral, impulsada en la tecnología. Por medio de los Acuerdos Ministeriales 2016-0190 y 2016-0090-A se reguló el teletrabajo en el sector privado y público, respectivamente. Este es, sin duda, un avance importante en las regulaciones de las relaciones laborales, sin embargo, ante este claro avance, la norma procesal ha quedado, una vez más, rezagada. Ejemplos como el citado del teletrabajo, o del empleo de equipos tecnológicos o aplicaciones dentro de ellos son el día a día de la relación laboral moderna.

A lo largo de este trabajo hemos podido determinar que las fuentes de prueba electrónica serán todos los implementos tecnológicos que captan, recopilan, archivan, recogen y que pueden reproducir hechos, circunstancias, cifras, datos, declaraciones, imágenes, sonidos y demás que, una vez gestionados de manera adecuada, podrán ser incorporados al proceso en los medios de prueba aceptados por la legislación procesal.

La doctrina ha desarrollado tres teorías para reconocer a los medios de prueba electrónicos, denominados como nuevos medios de prueba. Ante esto, y del análisis realizado, queda claro que la legislación procesal ecuatoriana, apoyada con normas sustantivas, determina a la prueba electrónica como una especie prueba documental, apoyando a la teoría de equivalencia funcional, que señala que los medios electrónicos no son especiales ni requieren de regulaciones específicas, sino que son una variedad de documento.

Hemos podido determinar que las herramientas tecnológicas son equipos e implementos que sirven para evidenciar una situación. Documentarla, de manera general. Sin embargo, no consideramos que todas estas herramientas sean, como tal, un documento. Como hemos analizado, la teoría de equivalencia funcional no está exenta de inconvenientes de aplicación y críticas. Los inconvenientes vislumbrados pueden ser la necesidad de diferenciar un documento original de una copia, qué es lo que se debe aportar al acto de proposición, si el documento es público o privado. La crítica más importante que ha llegado a esta teoría es la posible desnaturalización de los medios electrónicos, dado que requiere que toda la prueba sea aportada a juicio sometida a escrito. En este sentido y en nuestro entendimiento, en efecto se produce una reducción o simplificación de toda la prueba electrónica, requiriendo-inclusive- la transcripción del medio para su aportación al proceso, como lo determina la Ley de Comercio Electrónico. Este procedimiento desnaturaliza a varias fuentes de prueba electrónica que no se ajustan, precisamente, a esta transcripción.

Un aspecto importante a destacar es el relativo a los documentos electrónicos, tanto sobre la existencia de una firma electrónica, como su clasificación en públicos o privados. Sobre la firma electrónica, esta tiene la misma cualidad que la firma autógrafa, vincular al autor con el documento. Para ello, además, la normativa ha previsto la existencia de una entidad certificadora, que no tiene más objeto que certificar, como su nombre lo dice, que la persona que firma un documento es, en efecto, su autor. La firma electrónica certificada, entonces, permite definir, de manera indubitada, quien es el autor del documento.

Llama la atención, sin embargo, todos los requisitos que debe cumplir la firma electrónica, algo que la firma autógrafa jamás ha necesitado. Este resulta ser, a más de lo ya comentado, otra de las críticas a la teoría de la equivalencia funcional. Sin embargo, es entendible la necesidad de contar con estos elementos de comprobación, dada la fácil manipulación que pueden sufrir los documentos electrónicos. Por otra parte, la certificación de la firma electrónica, conforme a la Ley de Comercio Electrónico, vincula al autor con el contenido, aprobándolo y reconociéndolo, como dice el artículo 13 de la Ley. Este asunto tampoco resulta armónico, dado que existe una parte de la doctrina que señala que la firma electrónica vincula, en efecto, al autor con el documento, mas no lo vincula en cuanto al contenido u obligaciones derivadas del mismo. Sin embargo, el texto del artículo citado es

claro en darle estos efectos de vinculación con el contenido del documento a la firma electrónica.

De otra parte, respecto a los documentos públicos electrónicos, es de nuestro criterio que el nacimiento de un documento público se dará, necesariamente, porque el documento ha sido otorgado, conferido, autorizado o expedido por y ante autoridad competente y firmado electrónicamente, conforme el artículo 205 del Código Orgánico General de Procesos. En la práctica nos encontramos con una serie de documentos que, al parecer tendrían ese carácter. Por ejemplo, las actas de finiquito o los avisos de entrada al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, por citar dos. En estos casos, estos documentos no podrán ser considerados como públicos, pues no han sido autorizados ni contienen firma de autoridad competente. Por tanto, la mayoría de documentos electrónicos serán privados.

Ahora bien, más allá de estas diferencias conceptuales, y dado que la ley ha tomado ya partido por este procedimiento, debemos señalar que la prueba electrónica, como medio de prueba documental, deberá pasar, a su vez, por un test de admisibilidad específico, en donde se determine la autenticidad, integridad y licitud del medio, a más del test normal de admisibilidad, que tiene que ver con la necesidad, pertinencia y conducencia de la prueba, como lo ordena la norma procesal. Todo esto será realizado por el juez que conozca la causa, en la primera parte de la audiencia única o en la audiencia preliminar.

La autenticidad y la integridad del medio tienen formas claras de ser resueltas. Ciertos documentos electrónicos tienen la posibilidad de incorporar una firma digital certificada, que disipa cualquier duda sobre estos aspectos. De igual manera, el medio podrá someterse a un examen experto que despeje cualquier incertidumbre. La dificultad mayor se da, sin duda, respecto al tema de la licitud de la prueba, pues debemos partir de que cualquier prueba obtenida de manera ilícita resulta nula e inválida en el proceso, conforme al texto constitucional. Entonces, resulta necesario marcar límites, establecer reglas y procedimientos claros que permitan que las herramientas tecnológicas sean aportadas lícitamente al proceso. Esta realidad expone la fragilidad de los derechos de los trabajadores y los fines que deben existir para respetar, en todo momento, sus derechos fundamentales ante el derecho de regulación y supervisión del empleador. Claro está que el empleador cuenta con estas facultades de supervisión, pero ante la utilización de herramientas tecnológicas este derecho

se enfrenta, constantemente, a derechos fundamentales de intimidad, secreto en las comunicaciones y demás derechos conexos, que no podrán ser sobrepasados.

La doctrina española nos ha mostrado que existe la posibilidad de sobrepasar aquellos derechos. Para que esto pueda suceder, por ejemplo, es indispensable que el trabajador conozca el uso que debe darle a los equipos que le han sido entregados por el empleador y que son de propiedad de éste. Asimismo, es necesario que exista una norma interna en donde se señale la prohibición o no de usos personales en los equipos, aunque fueran momentáneos o inocuos. Por su parte, el control empresarial deberá estar debidamente fijado, limitado y expuesto con claridad. Cualquier exceso a los límites de este control harán que la prueba sea ilícita.

Por otra parte, otra de las formas de sobre pasar estos límites, ya no solo de los derechos del trabajador sino también del empresario, se dará cuando se presente una prueba que, en principio, parece haber sido obtenida de manera ilícita, pero que fue la única manera de obtenerla. El ejemplo citado de la grabación sin conocimiento, y mucho menos, consentimiento del empleador, sobre la notificación del despido a una trabajadora dejó abierta esta posibilidad. Para ello, el juzgador de la causa deberá realizar un test de proporcionalidad, que es un verdadero ejercicio de ponderación de derechos, para decidir si en ese caso concreto un derecho fundamental, de un trabajador o del empleador, puede ceder ante otro derecho fundamental. Para ello los jueces cuentan con las herramientas suficientes, tanto legales conforme la Ley de Garantías Jurisdiccionales, como jurisprudenciales, en los varios fallos de la Corte Constitucional que refieren al test de proporcionalidad.

De otra parte, nos encontramos en un camino oscuro, ya que no queda claro cómo resolver un incidente respecto a la licitud del medio probatorio. Tampoco está establecido si es factible presentar prueba respecto a la licitud o no del medio. Sin embargo, aunque no de modo expreso, si quedaría claro que la resolución del juez que acepta o niega un medio probatorio puede ser apelado con efecto diferido, hecho que haría, en principio, que esta resolución sobre la licitud la haga la Corte Provincial. Hemos marcado también la disyuntiva que puede existir en este caso, ya que la norma procesal es de carácter público y, por tanto, solo podrá hacerse lo que esté expresamente permitido, sin que sea factible realizar interpretaciones extensivas o arbitrarias; pero, además, la actividad judicial está investida de ciertos principios, entre ellos el de verdad, tutela judicial efectiva, seguridad jurídica y otros

que permitirían realizar este procedimiento, aun cuando no esté previsto, si resulta necesario para velar por los derechos de las partes.

Si bien consideramos que los derechos fundamentales de los trabajadores se ven más enfrentados a las limitaciones, no es menos cierto que, del otro lado, los empleadores se ven enfrentados a limitaciones. En tal sentido, mientras la legislatura no cumpla con el deber de legislar y modernizar la normativa, serán los jueces quienes deberán resolver estas disyuntivas. Esperamos también que, ante estos posibles casos, los jueces se encuentren preparados para resolver todas las coyunturas que se presenten en los mismos ya que, como se señaló, la brecha generacional y, a veces, la poca gana de actualización de ciertos juzgadores, hará que nuestro mundo procesal siga yendo varios pasos atrás de los avances sociales.

No queda duda, entonces, que las herramientas tecnológicas deben contar con una regulación específica en la norma procesal, donde queden reguladas de manera expresa y clara todos los aspectos que circunscriben su práctica en el proceso, como son la forma de aportación, el momento de objetar la licitud de la prueba, cuál será el procedimiento para resolver este incidente de licitud, los recursos eventuales que esta resolución podría tener, entre otros, pues estas cuestiones serán una parte importante dentro de un proceso laboral. Esta reforma serviría para afianzar los derechos de las partes, protegiendo tanto a quien aporta la prueba objetada como contra quien se la pretende hacer valer.

Por otra parte, ha quedado señalado que la prueba electrónica en el proceso laboral podrá aportarse, ordinariamente, en el acto de proposición de las partes. Sin embargo, quedaría la posibilidad de que el medio de prueba electrónico se pueda aportar como prueba nueva.

La regla general establecida en el Código Orgánico General de Procesos determina que la prueba documental que la parte posea deberá ser adjuntada y anunciada en el acto de proposición. Nuevamente, por medio de la tesis de equivalencia funcional, la norma procesal prevé que estos medios sean tratados como documentos.

Sin embargo, se ha analizado la posibilidad de que la prueba electrónica pueda ser aportada como otros medios de prueba. Así, es factible incorporar una prueba electrónica por medio de un examen pericial. Para ello, conforme lo dispone el Código, se adjuntará al acto de proposición el informe pericial y el perito deberá defender el mismo en audiencia. Con

este medio, además, se dispararán inquietudes sobre autenticidad e integridad del medio de prueba electrónico. Asimismo, ha quedado señalado que la prueba electrónica podría incorporarse mediante prueba testimonial, sea por declaración de parte o la declaración de testigos. Para ello, al momento de realizar el interrogatorio o el contra examen, se podría requerir al declarante que reconozca una prueba electrónica, con lo cual la misma será aportada al proceso.

Entonces, de manera general, la prueba electrónica deberá ser practicada como prueba documental, siguiendo las disposiciones del artículo 54 de la Ley de Comercio Electrónico y 196 del Código Orgánico General de Procesos. Para ello, entonces, se deberá aportar el medio magnético y una transcripción del mismo y leer la parte pertinente en la audiencia. No sería posible, conforme lo anterior, que la prueba electrónica documental sea practicada de una manera distinta. Si bien en la práctica nos podríamos encontrar con criterios variados de los jueces, las normas analizadas y citadas son claras al respecto. Pese a ello, nuevamente señalamos que esta práctica desnaturaliza algunas de las fuentes de prueba electrónica, que quedan reducidas a medios documentales, e inclusive algunos documentos electrónicos, por lo que no estamos de acuerdo con el mismo. Sin embargo, mientras no exista una reforma al respecto, esta será la forma en que deben ser practicados.

De igual manera, la regla general es que la práctica de la prueba electrónica se realice en la audiencia de juicio o en segunda etapa de la audiencia única, que es el caso de los juicios laborales, que son sumarios. Pero también queda la posibilidad de anticipar prueba por medio de diligencias preparatorias, para que se exhiban documentos o se los reconozca.

Por último, otra de las incertidumbres que generan las pruebas electrónicas está centrada en la valoración probatoria. La doctrina ha desarrollado dos vertientes de valoración, una tasada y otra de libre apreciación o sana crítica. Sobre estos medios probatorios se ha hablado inclusive de la necesidad de que exista una sana crítica especialísima, ya que estos medios requieren de unos conocimientos adicionales al recto entendimiento y experiencia del juez. Esta discusión resulta ser meramente doctrinaria y un objeto de estudio interesante, sin embargo, la norma procesal claramente determina que el sistema de valoración de la prueba es la sana crítica.

Queda siempre la duda de si el sistema de valoración deba cambiar ante los resultados de la práctica de una prueba electrónica, resultados que son irrefutables y casi inimpugnables,

pues su práctica, una vez superado el test de admisibilidad y el juicio de proporcionalidad- de ser el caso-, genera una certidumbre mayúscula sobre la existencia de un hecho alegado. Resulta entonces necesario que los operadores de justicia, adquieran conocimientos sobre la prueba electrónica, ya que cada día más se enfrentarán a casos en donde se discutan derechos basados en medios probatorios de este tipo. Este conocimiento permitirá que las partes ejerzan su derecho a la defensa de manera completa. También es necesario que el legislador apunte reformas procesales al Código Orgánico General del Procesos, para modernizarlo y para llenar los varios vacíos que esta norma generó al derogar el Código de Procedimiento Civil.

Bibliografía

- Abel Lluch, Xavier, Ramón Arbos i Llobet, Nuria Ginés Castellet, y Joan Picó i Junoy. *La prueba electrónica*. Barcelona: Bosch, 2011. <http://site.ebrary.com/id/10479353>.
- Alexy, Robert. *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N° 11, enero-junio, 2009.
- Alsina, Hugo. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Segunda edición. Vol. III Juicio Ordinario. Buenos Aires: Ediar Soc. Anon. Editores, 1961.
- ASALE, RAE-. *Diccionario de la lengua española - Edición del Tricentenario*. Accedido 19 de enero de 2019. <http://dle.rae.es/>.
- Balcells Padullés, Joan, Agustí Cerillo i Martínez, Miquel Peguera Poch, Ismael Peña López, María José Pifarré de Moner, y Mónica Vilasau Solana. *Internet, derecho y política. Una década de transformaciones*. Accedido 13 de enero de 2019. https://www.academia.edu/7665246/BELTRAN_I._2014_.Facultad_de_control_empresarial_y_el_derecho_a_la_libertad_inform%C3%A1tica_de_los_trabajadores_un_derecho_fundamental_inexplicablemente_olvidado_.A_Internet_Derecho_y_Pol%C3%ADtica._Una_d%C3%A9cada_de_transformaciones_.Huygens._Barcelona._ISBN_978-84-697-0826-2_p._277_288_.
- Buen L., Néstor de, y Emilio Morgado Valenzuela, eds. *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*. 1. ed. Serie G--Estudios doctrinales, núm. 188. México: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Universidad Nacional Autónoma de México, 1997.
- Calderón Chacón, Adrián. «Derechos fundamentales y relaciones de empleo». *Revista Espiga* 14, n.º 30 (29 de septiembre de 2015): 34. doi:10.22458/re.v14i30.928.
- Calvo Gallego, Francisco Javier. “TIC y poder de control empresarial: reglas internas de utilización y otras cuestiones relativas al uso de Facebook y redes sociales”. *Aranzadi social. Revista doctrinal*, 2012, 125-51. <http://hdl.handle.net/11441/60400>.
- Castells, Manuel. *Internet y la sociedad red*. Universitat Oberta de Catalunya. Accedido 19 de enero de 2019. https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/34314728/INTERNET_Y_LA_SOCIEDAD_RED.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=154793797

2&Signature=gs9aBecUB4zmq9ZuZXVLQTIwBCY%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DINTERNET_Y_LA_SOCIEDAD_RED.pdf.

Cataldo Ugarte, José Luis. «Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba». *Revista de derecho (Valparaíso)*, n.º 33 (diciembre de 2009): 215-28. doi:10.4067/S0718-68512009000200005.

Chinchilla Herrera, Tulio Elí. ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales? Bogotá: Editorial Temis, 1999.

Chiovenda, Guiseppe, Principios de Derecho Procesal Civil Tomo II. Madrid: Traducción española de la Tercera Edición Italiana, 1925.

Contreras Zambrano, Josué Manuel. *Valoración probatoria del documento electrónico y firma electrónica en el proceso judicial venezolano*. Accedido 13 de enero de 2019. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32007.pdf>.

Couture, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Tercera Edición (póstuma). Buenos Aires: Depalma Editor, 1958.

Cremades, Javier, Miguel A. Fernández Ordóñez, y Rafael Illescas Ortiz, eds. *Régimen jurídico de Internet*. Colección Derecho de las telecomunicaciones. Las Rozas (Madrid): La Ley, 2002.

Davara Rodríguez, Miguel Angel. *Manual de derecho informático*. 3. ed., revisada y puesta al día. Colección Manuales Aranzadi. Elcano, Navarra: Aranzadi Editorial, 2001.

Devis Echandía, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal*. Tercera edición. Vol. Tomo II Pruebas Judiciales. Bogotá: ABC, 1973.

———. *Teoría general de la prueba judicial*. Bogotá: Temis, 2002.

Diccionario del español jurídico - RAE. Accedido 20 de septiembre de 2019. <https://dej.rae.es/lema/documento-electr%C3%B3nico>.

———. Definición de prueba. Accedido 20 de septiembre de 2019. <https://dej.rae.es/lema/prueba>.

Ecuador. Código Civil. Registro Oficial No. 46, Suplemento, de 24 de junio de 2005.

———. Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015

———. Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial 544, Suplemento, 9 de marzo de 2009

———. Código del Trabajo, Registro Oficial 167, Suplemento, de 16 de diciembre de 2005

———. Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008

- . Corte Constitucional. Sentencia No. 167-18-SEP-CC
- . Corte Nacional de Justicia, Resolución del Recurso de Casación N°- 902-2011, Sala Laboral
- . Ley de Comercio, Firmas y Mensajes de Datos. Registro Oficial Suplemento 557 de 17 de abril de 2002
- . Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Suplemento 52, de 22 de octubre de 2009
- . Ministerio de Trabajo, Acuerdo Ministerial No. 2016-190, Registro Oficial Segundo Suplemento 825, de 24 de agosto de 2016
- España. Ley de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado número 7, de 8 de enero de 2000
- . Ley del Estatuto de los Trabajadores. Boletín Oficial del Estado número 255, de 24 de octubre de 2015», s. f., 87.
- . Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga, No. 817/2014
- . Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria 18 de enero de 2007).
- . Tribunal Constitucional. Resolución de Recurso de Amparo No. 1789-1996
- . Tribunal Constitucional. Sentencia No. 159/2009
- . Tribunal Supremo, Auto de 19 de julio de 2018, Recurso No. 3945/2017.
- . Tribunal Supremo, Resolución del Recurso de Casación No. 3402/2012
- . Tribunal Supremo, Resolución del Recurso de Casación No. 1323/2011
- Falcón, Enrique M. *Tratado de la prueba: civil, comercial, laboral, penal, administrativa: principios y sistemas probatorios, carga de la prueba, factores psicológicos, la informática, el lenguaje, apreciación o valoración, prueba ilícita, medios probatorios documentales e informativos*. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo Y Ricardo Depalma, 2003.
- Florez, Germán Darío. *La validez jurídica de los documentos electrónicos en Colombia a partir de sus evolución legislativa y jurisprudencial*. Verba luris, N° 31 (1 de junio de 2014): 43-71. doi:10.18041/0121-3474/verbaiuris.31.54.
- Gómez del Castillo y Gómez, Manuel. «Aproximación a los nuevos medios de prueba en el proceso civil», Derecho y conocimiento, 1: 77-90. Accedido 16 de septiembre de 2016. <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/1546/b1205663.pdf?sequence=1>

- Grisolia, Julio Armando. *Manual de Derecho Laboral*. Sexta edición ampliada y actualizada. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010.
- Guasp, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I, Introducción y parte general. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968.
- Illán Fernández, José María. *La prueba electrónica, eficacia y valoración en el proceso civil: nueva oficina judicial, comunicaciones telemáticas (LEXNET) y el expediente judicial electrónico: análisis comparado legislativo y jurisprudencial*. Cizur Menor(Navarra): Aranzadi, 2010.
- International Labour Office et al., *Manual de buenas prácticas en teletrabajo*. Buenos Aires: OIT, 2011
- Madrid Parra, Agustín, Hermann Zubieta Uribe, Melba Rocío Pérez, Daniel Peña Valenzuela, Andrea Burgos Puyo, *El Contrato por Medios Electrónicos, Homenaje a Fernando Hinestrosa, 40 años de rectoría 1963-2003*, Departamento de Derecho de los Negocios. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Martínez, Héctor Armando Jaime. *La prueba electrónica en el proceso laboral* 21, n.º 3 (2 de febrero de 2016) <http://www.produccioncientificaluz.org/index.php/gaceta/article/view/20904>.
- Meneses Fernández María Dolores, Jorge Martín Gutiérrez, y Esther Álvarez Martín, *Audiovisualización del papel. Usos del código QR para innovar en la industria periodística impresa*, *Innovar* 24, n.o 1Spe (1 de febrero de 2014): 67-80, doi:10.15446/innovar.v24n1spe.47547.
- Monesterolo Lencioni, Graciela. *Instituciones de Derecho Laboral Individual*. Tercera Edición. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010
- Muñoz Sabaté, Lluís, y Federico Bueno de Mata. *Diccionario enciclopédico de Probática y Derecho Probatorio*. Las Rozas (Madrid): La Ley, 2014.
- Naciones Unidas. *Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Comercio Electrónico*, https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf
- Narváez, Marianella Ledesma. «La prueba documental electrónica». *Foro Jurídico* 0, n.º 15 (24 de abril de 2016): 17-25. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/19832>.
- Páez Rivadeneira, Juan José, y Santiago Acurio del Pino. *Derecho y nuevas tecnologías*. 1a ed. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010.

- Pampillo Baliño, Juan Pablo, y Manuel Alexandro Munive Páez coord. *Obra jurídica enciclopédica*. Vol. Derecho Informático e Informática Jurídica. México, DF: Porrúa, 2012.
- . *Obra jurídica enciclopédica*. Vol. Derecho Procesal Civil y Mercantil. México, DF: Porrúa, 2012.
- . *Obra jurídica enciclopédica*. Vol. Derecho Tributario. México, DF: Porrúa, 2012.
- Parra Quijano, Jairo. *Documentos electrónicos y su valor probatorio*. Accedido 3 de marzo de 2016. <https://www.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2017/01/El-documento-electronico-y-su-alcance-probatorio.doc>.
- . *Manual de derecho probatorio*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2007.
- Pinochet Olave, Ruperto. *El documento electrónico y la prueba literal*. Ius et Praxis 8, n.º 2 (2002): 377-412. doi:10.4067/S0718-00122002000200012.
- Rallo Lombarte, Artemi, y Ricard Martínez Martínez. *Derecho y redes sociales*, Cizur Menor Navarra: Aranzandi, 2013.
- Rico Carrillo, Mariliana. *La Electronificación del Derecho Mercantil*, Ética y jurisprudencia. Accedido 13 de enero de 2019. http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RUVM/4/uvm_2005_4_71-107.pdf.
- Robalino Bolle, Isabel. *Manual de derecho del trabajo*. 2. ed. Quito: Fundación Antonio Quevedo, 1998.
- Rodríguez Adrados, Antonio. *La Firma Electrónica*, Revista Jurídica del Notariado, <http://www.eco.unlpam.edu.ar/objetos/materias/escribania/derechonotarial/notasrevistas/RevdelNotAdrados.pdf>.
- Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia), ed. *Derecho de Internet & telecomunicaciones*. 1. ed. Literatura jurídica. Bogotá: Legis Editores, 2003.
- Vela Monsalve, Carlos. *Derecho Ecuatoriano del Trabajo*. Quito, Ecuador: La Unión Católica, C.A., s. f.